6_380

PER

D. FILIPPO, E D. GIACOMO LAZZARI.

NAPOLI

Digitized by Google

J. M. J.

NOn la menoma ſperanza di vantaggio, nè il più rimoto pericolo di perdita; ma il ſolo oſtinato capriccio di ſoſtenere un litigio, il quale non abbia per oggetto, che il grave danno dell' Avverſario, ſoventi volte vedeſi eſſere la ſorgente delle più gravi ſciagure nelle famiglie. Chi ſtudia il cuore umano ſcorge una non interrotta catena de' deplorabili effetti dell' urto delle paſſioni: tra queſte non ha certamente l'ultimo luogo quella di non cedere al competitore, anche a fronte della più chiara ragione; eſſa ſembra la men rea, e però è più facile ad accenderſi. La premura di raffrenarla è ſtata ſempre il voto più aſſiduo de' buoni, il più nobile ſcopo de' Codici. Potremo per avventura luſingarci, che ſiano da tal cimento garentiti alcuni uomini per la dignità del carattere, e per la più agevole comunione delle virtù, che gli ſtretti rapporti di un corpo morale offeriſce a' proprj componenti? Tutta la ſpecie umana non forma, a riguardo degli affetti, che una ſola famiglia: gl' individui di eſſa non poſſono, che aſſomigliarſi. La ſerie de' fatti, ch' io imprendo a narrare proverà ad evidenza coteſta diſpiacevole, ma pur troppo certa verità.

STORIA DELLA CAUSA.

AVevano nel 1787. D. Filippo, e D. Giacomo Lazzari neceſſità di riſare l' antico palazzo, che la loro famiglia poſſiede dal 1661. in queſta Città, vicino alla porta maggiore della Cattedrale, quando fu ad eſſi offerta una piccola caſa, ſita accoſto *la Torre detta de' Negri*, la quale al Rev. Capitolo della Cattedrale medeſima ſi apparteneva. L' oggetto dell' ingrandimento del fronte del proprio palazzo, fece condiſcendere i miei Clienti al progetto, malgrado le dure condizioni, che ſi vollero al contratto adattare. Furono dunque ſcritte le minute di un iſtromento di *enfiteuſi perpetua*: ſi ſtabilì l' annuo *canone inaffrancabile* di duc. 21.: ſi convenne di poterſi la piccola caſa diroccare, ed aggregare l' intero ſuolo di eſſa al contiguo palazzo, ſenza alterare la dimenſione antica del *vicolo vicinale di S. Reſtituta*, il quale prima del contratto paſſava tra 'l palazzo medeſimo, e la caſetta, ora paſſa tra la *Torre de' Negri*, e 'l palazzo ſteſſo, mentre è divenuto vicolo, quello ſpazio, che dalla caſetta ſi occupava. Oltre il ſuddetto *Canone*, cento altre leggi gravoſe s'impoſero agli *Enfiteuti*, le quali, ſe non devo-

no arrestare l'attenzione del S. R. C., cui si appartiene il diffonder l'esame, e decidere la quistione presente, giovano però a dimostrare la condiscendenza de' miei Clienti, l'avvedutezza del *Capitolo*, e'l vantaggio, ch'esso dal contratto proccurò ricavare. Si stabilì infine nelle minute suddette, che fossero in libertà i Sig. di Lazzari di estollere quanto loro piacesse le fabbriche per lo lato, che riguarda il vicolo suddetto, *e farvi le aperture dalla legge permesse* (a).

Non devo trascurare intanto di riferire, che al detto vicolo si da nelle minute costantemente il nome, e la caratteristica di via *vicinale*, e perciò si serbano illesi i *diritti degli altri possessori* (b).

Giudizio col Principe di Pado.

Prima di stipularsi il suddetto maleangurato contratto, si accese il primiero litigio nel S. C. La cagione del medesimo fu il sospetto di pregiudizio sorto nell' animo del Sig. Principe di Pado, dal quale nel vicolo stesso una casa si possiede. Ad esso in seguito si unì la *Congregazione de'Negri* suddetti, spinta del pari dal timore medesimo. Fu dunque di mestieri di cominciare quella guerra, che fino al presente continua, sebbene mossa da diversa mano, e per oggetto assai differente. Il Capitolo allora divenne alleato de' miei Clienti, e sostenne, come ben doveva, i proprj diritti ad essi trasfusi. Prima però di venirsi alla perizia, la quale fu commessa al Tavolario *D. Orazio Salerno*, accadde un fatto molto rilevante per la presente quistione. La Congregazione suddetta con istanza dimandò, che i Sig. di Lazzari dichiarassero formalmente quali novità intendessero di fare nella esecuzione del contratto, che andavano a stipulare, onde vedersi quali pregiudizj potessero arrecare. Fu la richiesta da decreto convalidata, e convenne perciò obbedire; ecco il perchè il dì 30. Luglio 1788. fu da' miei Clienti fatta presso gli atti la seguente autentica dichiarazione:

Dichiarazione de' Signori di Lazzari.

Dichiariamo noi qui sottoscritti, come acquistandosi mediante censuazione dal Rev. Capitolo della Cattedrale di questa Capitale la casetta, che sta vicino le scale di detta Cattedrale, intendiamo quella demolire, ed il suolo, che al presente occupa detta casetta debba servire nella parte superiore contigua alle mura dell' Arcivescovato per vicolo, che non spunta in tanta quantità, quanta è quella del vi-

(a) Farò a suo luogo opportunamente ravvisare, quale alterazione tal patto soffrisse nella stipola dell'istromento.

(b) Nell'istromento si vedrà in qual modo fossero tali espressioni riformate.

vicolo, che ora esiste più inferiormente tra la casa di noi sottoscritti, e la detta casetta; ed il resto di detto suolo annessarlo, una col suolo inferiore del detto vicolo, alla detta nostra casa palaziata; facendosi ivi de' bassi, retrobassi, e camere superiori per uso, e commodo degli appartamenti di detto nostro palazzo, CON FARCI TUTTE QUELLE APERTURE DI PORTE, FINESTRE, O PALCONI, CHE SARANNO PIU' COMODE, ED OPPORTUNE. *E nell' ingresso del vicolo, che si dovrà aprire, dove è al presente detta casetta, farci un portone arcato con lamia sopra, simile a quello, che sta dirimpetto alle case del Tesoro del Glorioso S. Gennaro, siccome sta descritto nelle minute negli atti presentate. Così dichiariamo, e non altrimenti = D. Filippo Lazzari = Giacomo Lazzari.*

Deve aggiungersi, che presso quegli atti eravi da principio la procura del Capitolo, il quale, lungi dall' opporsi, o promover dubbj sulla intenzione de' Concessionarj nell' additato modo solennemente dichiarata, inerì anzi espressamente con formale istanza alle cose da essi dedotte, e dimandò *a quelle deferirsi, onde l' impedimento sudetto sia subito, come ingiusto, rimosso, e tolto.*

Seguì quindi la perizia del Tavolario suddetto, il quale, mentre dalle scritture esibite altro non si rilevava, credè il *vicolo di S. Restituta* di pertinenza del Capitolo, e giudicò, che non potesse reggere il proposto giudizio. Di tale relazione si gravò il suddetto Signor Principe, e commessane al fu *Illustre Primario* la revisione, esso si uniformò al sentimento prodotto dal Tavolario *Salerno* sugli stessi principj da questo adottati. In fine, anche precedente consenso dello stesso Signor Principe, fu dal S. C. deffinito, che i Signori di Lazzari si servissero del loro diritto, ed eseguissero ciò ch' erasi progettato.

Relazioni di Salerno, e del Primario.

Nel modo accennato terminò siffatto giudizio, e fu stipulato a 30. Marzo 1789. l'*Istrumento* della *Censuazione*. Di questo mi conviene far distinta parola, a riguardo almeno di que' punti, che o sono al presente in contesa, o possono allo schiarimento della quistione medesima contribuire. Nel tempo stesso credo giovevole il rassegnare le differenze, che si rilevano tra le minute accennate, e l' istromento medesimo.

Due patti principalmente di detta scrittura debbonsi dal S. C. riguardare: col primo si limitò la facoltà de' Concessionarj circa l'estensione del suolo, che si dovesse occupare; coll' altro si convenne de'lumi dell'edificio per quella parte di esso, che sporge al *vicolo di S. Restituta*; ecco di ambedue le precise espressioni:

 Primo

Primo, che sia lecito a detti Signori Zio, e Nipote di Lazzari di demolire interamente la sudetta Caffetta, come sopra conceduta, ed aggregare, ed incorporare alla loro casa Palaziata tutto il suolo, che presentemente occupa la casetta sudetta: a qual fine si è fatta la suddetta concessione, con esser tenuti bensì essi Signori Zio, e Nipote di Lazzari, siccome insieme promettono, e si obbligano, trasportare il vicolo, che al presente si frappone fra la suddetta Casa palaziata, e la suddetta Casetta, a confine della torretta della Congregazione de' Negri, acciò gli altri possessori delle vicine Case non venghino lesi nel passaggio (a). *Qual vicolo debba essere della stessa larghezza del presente, e debba feliciarsi a spese di detti Signori Zio, e Nipote di Lazzari di pietre ad uso delle strade Regie di questa Città per la prima volta tantum.*

Patti dell' Istromento.

L'altro patto rimarcabile in detta scrittura, dal quale si forma precisamente l'oggetto della contesa presente, fu concepito ne' seguenti termini: *Quarto, che sia in libertà di detti Signori Zio, e Nipote di Lazzari di estollere quanto vogliano le fabriche, e di farvi per lo lato riguardo al medesimo vicolo di S.* Restituta, *oltre le aperture, che al presente esistono, tutte quelle altre aperture, che loro paveranno, e piaceranno* (b), *coll' intelligenza, ed assistenza benanche dell' Architetto di detto Reverendissimo Capitolo, e ciò per comune futura quiete, e cautela* (1).

Con queste leggi fu il contratto suddetto solennizzato. Appena però superato il primo ostacolo dall'accennato litigio opposto, diroccata la Casetta, ed intraprese le fabbriche, videsi non senza stupore comparire in giudizio il Capitolo, dal quale fino a quel punto erasi sostenuta la ragione degli *Enfiteuti*. Si dedusse l'azione *nunciationis novi operis* nella Delegazione dello stesso Capitolo; ed il pretesto, sul quale si volle fondare, fu l'assertiva di essersi dalli miei clienti ecceduto le facoltà loro accordate col primo trascritto patto; essendosi occupata maggiore esten-

Prima inibizione del Capitolo.

(a) Devesi osservare, che nelle minute, nelle quali si disse il vero, essendosi *il vicolo* caratterizzato *per vicinale*, li diritti de Compossessori furono serbati in termini generali, mentre nell' Istromento si vollero limitati al solo *passaggio*.

(b) Ecco come quelle aperture, che nelle minute fu stabilito accordarsi nella maniera *dalla legge permessa*, nell' Istromento poi furono illimitatamente concedute.

(1) *Fol.* 19. & 24.

Digitized by Google

estensione di suolo, di ciò che comprendeva la demolita Cassetta; e così in conseguenza erasi ristretta l'antica misura del frapposto vicolo.

Convenne allora cominciare dall'apporsi alla regolarità della procedura, e dedottosi nel S. C. sotto il dì 11. Dicembre 1789. giudizio, fu in seguito prodotta la formale quistione di Tribunale nella Regal Camera di S. Chiara; ove fu allegata l'incompetenza della giuridizione del Delegato in una causa di simile natura. Dopo molto tempo, e varj trattati, fu dal Capitolo finalmente conosciuto il torto, ond'erasi il giudizio intrapreso; quindi si deputò specialmente il Signor Canonico D. Emmanuele Capecelatro, affin di terminarsi buonamente ogni differenza, e da esso fu consentito al proseguimento delle fabbriche; anzi furono concedute alli Signori di Lazzari facoltà maggiori di quelle, che coll'Istromento essi avevano acquistate, e nel tempo stesso (lo che giova al giudizio presente), fu al Tavolario del S. C. D. Francesco Romano, il quale per ordine della G. C. dirigeva la fabbrica, trasferita tutta la potestà, rimettendosi ad esso, senza limitazione la direzione dell'edificio. Perchè tali verità siano evidenti, stimo opportuno il trascrivere il consenso accennato: *Presto il mio consenso, che si proseguiscano dalli Signori di Lazzari le fabriche intraprese in vigore dell'Istromento di censuazione del dì 30. Marzo 1789. per mano di Notar D. Giuseppe Cantilena di Napoli, prolungandosi il muro esteriore della nuova fabrica, fino ad incontrare il lato dell'antico loro edificio* (a), *rimettendomi per la direzione di dette fabriche al Tavolario del S. R. C. Signor D. Francesco Romano, eletto dalli stessi Signori Lazzari; ben inteso però, che in ciò, che doveva, in forza di detto Istromento, assistere l'Ingegniere del Capitolo Signor D. Tommaso Senese, resto io quì sottoscritto deputato del Capitolo medesimo a prestare tale ufficio, e restano nulli, e cassi tutti gli atti fatti tanto in Delegazione, quanto nel S. R. C., e Camera Regale nell'impedimento della fabrica, ed assolute le parti scambievolmente per qualsivogliano spese di liti finora fatte; ben vero però abbia il suo valore il presente consenso, dopochè sarà stato accettato da detti Signori di Lazzari, ed indi si conservi, e se ne faccia notamento nel margine del sudetto Istrumento di*

Consenso per finirsi la lite.

(a) Siffatta facoltà non era stata conceduta coll'Istromento di censuazione, e si credè forse compenso proporzionato alle spese del capriccioso litigio.

censuazione per futura cautela, Napoli 7. *Febraro* 1791. = *Emmanuele Capecelatro Canonico Deputato* (1).

In tal modo terminò, dopo quasi due anni, cotesto primo impedimento, e ciò basta per ravvisarsi, che non avea il menomo sostegno, tranne quel capriccio, che è stata la costante molle delle antecedenti, e susseguenti azioni. Si continuò dunque in seguito la fabbrica, con tanto danno sì lungamente sospesa, e si usò nel proseguirla quella premura, ch' era al caso corrispondente. Intanto per seguire, senza menoma confusione, il fedele rapporto de'fatti, sembrami questo il luogo adattato per soggiungere, che bisognando alli miei clienti danajo per la non lieve spesa, che stavan soffrendo, ed essendo la casa in quistione sottoposta al Fedecommesso istituito dal fu Cavalier Dionigi Lazzari loro ascendente, erasi da gran tempo nella G. C. dimandato l'*expedit* per agevolare l'ipoteca de' beni soggetti a chi volesse dare il suo denajo. Di fatti trovavasi allora prescritto l'accesso sul luogo al suddetto Tavolario *Romano*, il quale vi si portò coll'intervento del Signor D. Giuseppe Zurlo, allora Giudice della G. C., e fu specialmente con decreto incaricato di riferire lo stato antico dell' edificio, con dettagliare minutamente tutte le sue circostanze, affin di precludersi la strada alle future possibili doglianze de' vicini, tra li quali è pur noto, che vi siano molti luoghi Pii. Ubbidì colla sua relazione il Tavolario suddetto all' incarico ricevuto, e descrivendo le condizioni della casa, non trascurò di riferire lo stato de' lumi anticamente esistenti nel vicolo, più volte nominato, di *S. Restituta*.

Relazione del Tavolario Romano.

Si rileva dunque da detta relazione, che nel *partamentino* a destra dell' ingresso principale della casa eravi *una finestra*, *ed un palcone collo sporto di piperno di circa palmi due*. Nel primo piano nobile vi erano *due finestre*; e nel secondo si trovava *una finestra*, *una loggetta*, *ed un gran palcone chiuso da vetri*, *collo sporto palmi due*, *e mezzo di larghezza*, *e palmi undeci di lunghezza*. Siffatta relazione fu prodotta il dì primo Giugno 1791. (2) (a).

Tor-

(1) *Fol.* 27. *primi voluminis*.

(2) *Fol.* 40. *ad* 49. *dicti Proc.*

(a) Scorgesi dunque totalmente spossata di ragioni la opposizione, che dal Capitolo si promove nel presente giudizio, circa l'affettazione di tal sentimento, asserendosi dato in tempo, che temevasi l' istituzione del medesimo giudizio, mentre questa non fu, che a 6. Marzo del susseguente anno 1792.

Tornando, ciò premesso, alla narrativa della serie de' fatti, sono nella necessità di rassegnare, che la tregua durò da Febbrajo 1791. epoca del consenso suddetto, fino al Marzo dell'anno seguente. Allora, dispiaciuto forse il Capitolo della tranquillità, onde erasi l'edificio condotto al suo termine, e pentito di avere usata la descritta dovuta condiscendenza, istituì un nuovo giudizio, anche nella propria Delegazione, col quale asserì, che si volevano da' Signori Lazzari far de' palconi nel vicolo di *S. Restituta*; e siccome credevasi, che questi potessero pregiudicare collo *stillicidio*; così cercò, ed ottenne decreto d' inibizione (1). Fu necessario anche questa volta di cominciare dal contendere la competenza del Giudice; ed essendo stata maggiore la ostinazione del Capitolo, fu la Regal Camera occupata ad esaminare la proposta quistione di Tribunale, ed a dì 13. Settembre di detto anno si ottenne la Regia decretazione: *S.C. continuet in procedendo* (2).

Seconda inibizione.

Questione nella R. Camera.

Sciolte le mani al su Regio Consigliere Signor Barone D. Giuseppe Guggini Commessario, non si mancò per parte de' miei clienti di far ad esso presente, che troppo inopportunamente si adattavano li termini di *nunciazione di nuova opera*, e si fingeva futura la costruzione di otto palconi, li quali un mese prima della deduzione del giudizio eransi posti in opera, ed interamente perfezionati, dopo essersi pubblicamente lavorati, e lentamente situati nel luogo, ove si vedevano; senza che si fosse dal Capitolo, e sopratutto dal suddetto Signor Canonico Deputato, il quale ivi dimora, e potevalo facilmente, prodotta alcuna doglianza, quando avesse creduta l'opera pregiudiziale. Si convalidò tale assertiva da un attestato de' *Complatearj*, dal quale si rileva tale verità, e da una fede fatta *ordine Judicis* dal suddetto Tavolario Romano (3).

Intanto per non perdersi tempo a quistioni inutili, fatte le dovute proteste, si passò innanzi nel giudizio, e si procedè alla bussola de' Tavolarj, cadendo la sorte sulla persona di *D. Gennaro Mazza*. Coll'intervento del Regio Consigliere Commessario, fu nel mese di Settembre dello stesso anno fatto l'accesso, e malgrado l'evidente insussistenza dell'impedimento, e le ragioni dedotte con loro ricorso dalli Signori di Lazzari, fu prodotta dalla suddetto Tavolario la relazione, incongruente, se si ri-

Elezione del Tavolario Mazza.

(1) *Fol.* 36.
(2) *Fol.* 30.
(3) *Fol.* 50. & 52.

Digitized by Google

ſi riguardino li raziocinj in eſſa accozzati, ed invalida per l'epoca, nella quale fu preſentata. Di queſta conviene far breve menzione, per quel che poſſa nello ſtato attuale della cauſa alla giudicatura influire.

Referat de' Lazzari prodotto.

Primamente dopo eſſerſi eſpoſti li fatti fino allora accaduti, ſi richieſe dal Procuratore de' miei clienti, che il ſuddetto Tavolario calcolaſſe il valore delle ſeguenti dimande: Conſiderarſi l'eſpreſſione di *apertura* uſata nel contratto, ſecondo il ſenſo dato alla medeſima dalli contraenti, e non a norma di ciò che ſi trova ſcritto nelle conſuetudini; giacchè le leggi non devono eſſer conſigliate, ſe non quando manca una ſcrittura, la quale è la depoſitaria comune de' ſentimenti delle parti: Inoltre, ove la ſcrittura non eſiſteſſe, rifletterſi la ſpiegazione data dalle parti medeſime con irrefragabili fatti poſteriori: Definirſi nel tempo ſteſſo la natura del giudizio, nel quale ſono affatto eſcluſi li termini neceſſarj nella *nunciazione di nuova opera*, mentre trattaſi di un opera perfetta, ſebbene ſi foſſe avuto il coraggio di dedurla, come appena naſcente: Finalmente riferirſi lo ſtato dell' Edificio, avendoſi riguardo al punto dell'inibizione, acciò ſi poteſſe determinare, quali parti di eſſo ſi avrebbero potuto abitare nel Maggio ſuſſeguente, ſe nel meſe di Marzo non ſi foſſe fatta l'inibizione medeſima.

Relazione di Mazza.

In viſta di tale iſtanza, e di tutto l' altro, che fu aggiunto a voce al ſuddetto Tavolario, attendevaſi una relazione favorevole, poichè il dritto, ed il fatto ſoſteneva l' eccezioni degli inibiti; ma il Tavolario *Mazza* ſtimò ſtudiarſi di fomentare l'intrapreſa del Capitolo; ed anzi che aderire a ciò che giuſtamente eraſi da' miei clienti propoſto, volle piuttoſto divenire l'organo delle ragioni efimere dell'Avverſario. Egli è ben ridicolo l'oſſervarſi, che la di lui relazione in cento luoghi non ſia, che la copia fedeliſſima del *referat* del Capitolo a lui preſentato. Inſomma dietro l'inopportuna raccolta di molte leggi, e di profuſa erudizione, non ſi sforza, che di ſoſtenere la cauſa della inibizione: Il vicolo ſi dice di pertinenza del Capitolo: non ſolo la Chieſa dell' Arciveſcovato, ma benanche le caſe nel vicolo eſiſtenti ſono pubbliche ſecondo il ſentimento di detto Tavolario, unicamente perchè al Capitolo ſi appartengono: In fine ſi negò l'evidenza, e lungi dal ricordarſi, che un palcone almeno anticamente eſiſtente, non ſi contradiceva dallo ſteſſo Capitolo, ſi conchiuſe, che tutti, ſenza eccezione alcuna, doveſſero ridurſi *alla Romana* (1).

Non

(1) *Fol.* 86. *ad* 104.

Non contento il Tavolario *Mazza* di aver così bene servito alla verità, ed alla giustizia, s'industriò di coronar l' opera, costringendo li miei clienti a sostenere un giudizio subalterno nel S. C., avendo presentata la sua relazione molto tempo dopo del limitato termine prescritto dalla Regia Prammatica in somiglievoli giudizj. Si fu nel dovere di opporsi alla validità di detta relazione; ma il S. C. a dì 26. Giugno 1793. credè equo l'ammetterla, con ordinare però, che tra un mese fosse riveduta dall' *Illustre Primario* (1).

Decreto del S. C. per la revisione.

In fatti seguì, anche coll' intervento del Signor Commessario, un secondo accesso il dì 15. Luglio seguente, ed era in procinto di prodursi la relazione, allorchè fortunatamente fu tra le carte dell' antica Casa Lazzari trovato un volume appartenente alle molte quistioni agitate nel S. C., ed in altri Tribunali ne' rimoti tempi tra il Capitolo, e la stessa famiglia. Cotesto interessante monumento, che ora trovasi presentato, e forma un secondo volume negli atti, fece mutar d' aspetto interamente la faccenda, ed apportò il massimo schiarimento sulla quistione attuale; mettendo nel vero aspetto la reciproca ragione de' litiganti; mentre dilucidò colle testimonianze più ineluttabili que' fatti, che per l' antichità eransi dalli Signori Lazzari affatto obbliati.

Ritrovamento delle scritture antiche.

Si stimò allora espediente l'avvanzarsi un istanza, onde fu dimandato, che non solo l' *Illustre Primario* avesse presente tutto ciò che trovavasi dianzi dedotto; ma sibbene riferisse il tenore della soprascritta dichiarazione, fatta in occasione del giudizio col Principe di Pado: Riferisse ancora, che qualunque legge non sia adattabile al caso in quistione per volontà de' contraenti, e molto meno per fatto; poichè manca nel vicolo in contesa la larghezza maggiore di dieci palmi nella massima sua estensione: In fine riferisse minutamente il contenuto nelle suddette scritture recentemente trovate (2).

Referat pel Primario.

Avendo dunque presente l' *Illustre Primario* l'accennato volume, e le ragioni rispettivamente allegate, formò la sua relazione, della quale fa d' uopo distintamente parlare, come quella, che forma la base della decisione del S. C.

Fu in primo luogo da esso descritta la situazione materiale del vicolo, e di tutte le case adjacenti, e ne fu formata distinta pianta topografica; passò quindi a far parola del giudizio agitato

(1) *Fol.* 133.
(2) *Fol.* 135.

Digitized by Google

tato nel S. C. col Principe di Pado; e marcò le ragioni, per le quali allora il Tavolario *Salerno*, ed esso medesimo avevano opinato, che non fosse sussistente l'impedimento da Pado prodotto. Il fondamento dunque di dette relazioni, fu il supposto, che la via di *S. Restituta* fosse di privata pertinenza del Capitolo; e però, non potendo avere il Principe di Pado alcun diritto sul medesimo, non avea ragione di opporsi all'opera, che allora si progettava.

Fece inoltre il *Primario* l'analisi della relazione formata dal Tavolario *Mazza*, e ne offervò le incongruenze, rispondendo fondatamente a tutte le posizioni di lui. Indi passò a far l'elenco delle scritture nuovamente presentate; e diede finalmente il suo parere sopra que' punti, che credeva non doversi riservare alla decisione del S. C. . Se dunque questa relazione merita tutta l'attenzione del S. C. medesimo, io mi fermerò a riferire il contenuto delle suddette carte, e quindi esporrò il giudizio, che ne diede il suddetto Perito; e questa operazione farà il termine della lunga sposizione de' fatti, che in questa causa sono stato costretto a riportare.

Acquisto delle Case nel 1661.

Costa in primo luogo, che nel suddetto anno *1661.* fossero acquistate dalla famiglia Lazzari due case, vendutele dall' Oratorio del SS. Crocefisso, eretto nella Chiesa di S. Paolo de' PP. Teatini di questa Città, come erede di Astorgio Agnese; e costa ugualmente dall'istromento, che le suddette case erano poste nella piazza *del raggio del sole*, e descrivendosene li confini, si nominano li beni del qu. Francesco Caracciolo per una parte; le strade pubbliche per l' altre due; e per la quarta *la via vicinale*, *seu Vinella*. Da questa scrittura dunque si rileva, che il Vico oggi detto di *S. Restituta*, ne'tempi passati chiamavasi *via vicinale*, overo *Vinella* (1).

Primo giudizio dello stesso anno nel S. C.

Appena acquistate dette case, fu nell'anno stesso chiamato in giudizio Dionigi Lazzari dall'Oratorio de' PP. Filippini, e dal Capitolo della Cattedrale. Il primo pretendeva doversi costringere il Compratore a rilasciare parte dell' edificio per ampliarsi lo spiazzo innanzi ad una delle porte della Congregazione. Il secondo credeva doversi intendere devoluto lo stabile, perchè alienato *irrequisito Domino*, a cagione di un annuo censo di ducati sette, e gr. 50., che da esso si rappresentava; e quantevolte tale azione non reggesse, dimandò di esser preferito nella compera per il giusto prezzo; ed intanto inibì la rifazione di

(1) *Fol. 1. ad 5. vol. 2.*

di dette case dal Lazzari intrapresa.

Il litigio colli PP. dell'Oratorio terminò con una transazione, avendo il Lazzari venduta porzione di una casa pe'l prezzo di duc. 600., a fin di demolirsi per l'oggetto accennato. Proseguì però il giudizio col Capitolo, dal quale si esibirono le carte, ch'esso credè confacenti al suo assunto. Videsi però dalle stesse scritture esibite il passaggio, che in varj tempi detto stabile fece nelle mani di diversi possessori, e la origine del censo suddetto; ed apparisce, che possedendosi nel 1579. da Orazio Galeota, fu venduto a Camillo Agnese con pubblico istromento, nel quale si vede chiamata per confine *una certa vinella* dalla parte di *S. Restituta*. Si rileva del pari, che fosse onnossio detto stabile all'annuo censo di duc. 18. 50. de' quali duc. 7. 50. si appartenevano al Capitolo, ed il rimanente ad altre persone (1).

Inoltre riguardo all'origine del censo, si acquistarono le seguenti notizie, ricavandole da pubbliche scritture: Nell'anno 1487. il Capitolo concedè in *enfiteusi* perpetua a Giovanni Carandente, e Giovanni Maistro della Villa di Marano alcune case site nella Villa medesima, sotto l'annuo canone di duc. 6. 50. (2). Indi nello stesso anno Francesco Seripandi, e Luisa Galeota venderono al suddetto Giovanni Maistro per il prezzo di duc. 140. l'annua rendita di duc. 7. alla ragione del 5. per 100. sopra alcune case site in questa Città alla strada del *raggio del sole*, e fu nell'istromento convenuto, che quante volte li venditori assegnassero consimil rendita, coll'aumento di annui grani venti, sopra altre loro possessioni, poste in simile, o migliore situazione; e che valessero duc. 400., restassero libere dal detto peso le case suddette (3).

Origine del censo.

Fatta la suddetta compera da Giovanni Maistro, venne egli a convenzione nel 1495. col Capitolo, e con altro pubblico istromento affrancò le case di Marano ad esso censite nel 1487., cedendo il suddetto annuo canone di duc. 7. che avea acquistato da Seripandi sulle case al *raggio del sole* (4), ed ecco qual fosse l'origine di detto censo, che il Capitolo credeva inaffrancabile; e per conseguenza presumeva, che gli dasse diritto dominicale sulle case stesse.

A 6 Fu-

(1) *Fol.* 35. *ad* 36. *vol.* 2.
(2) *Fol.* 44. *d. vol.*
(3) *Fol.* 46. *ad* 49. *vol.* 2.
(4) *Fol.* 45. *d. vol.*

Digitized by Google

Decreto del S. C., confermato in grado di gravame.

Furono tutte le fin quì riferite scritture presentate nel S. C., nell'occasione accennata del giudizio promosso nel 1661., ed in vista delle medesime venne ordinato togliersi l'inibizione dal Capitolo proposta; qual decreto fu confermato anche in grado di restituzione *in integrum* (1).

Secondo giudizio del 1664. nel S. C.

Passati appena tre anni, cioè nel 1664., e continuandosi da' Lazzari il rifacimento della loro casa, piacque al Capitolo inibirne il proseguimento per diverso oggetto. Eransi fatte alcune finestre nel vicolo, che cade oggi in quistione; ciò diede motivo alla nuova inibizione introdotta nello stesso S. C.. Si ottenne il solito decreto; ma siccome non si curò il Capitolo di proccurare la relazione, restò tolta la inibizione medesima, ed in tal modo terminò questo secondo giudizio (2).

Terzo giudizio nella Curia del 1693.

Trapassato in seguito Dionigi Lazzari, la dilui vedova Andreana Marini fu nella necessità nel 1693. di comparire nella Curia Arcivescovile, esponendo, che il Capitolo, sotto pretesto di rifare quella casetta appunto, la quale nel 1789. fu alli miei Clienti censita, aveva fatte delle innovazioni pregiudiziali al suo stabile; e quindi dimandò, ed ottenne la inibizione. Fu con decreto della Curia medesima incaricato della perizia il

Relazione del Primario D. Antonio Caracciolo.

Primario di allora D. Antonio Caracciolo, il quale a Luglio di detto anno pubblicò il suo parere, e stabilì, che il vicolo suddetto non era che una *strada vicinale, e comune a più compadroni*; e perciò non potesse il Capitolo far delle innovazioni dannose alli vicini, senza il diloro consenso (3). Di fatti fu il giudizio terminato, con ordinarsi, che non si alzasse più dell'antico stato la casetta suddetta; si chiudesse con muro solido la finestra già fatta; e volendosi far l'astraco accessibile, si dovesse premunire di un muro alto palmi otto dalla parte

Decreto della Curia Arcivescovile.

della casa di Lazzari (4). Ebbe il decreto la sua esecuzione, mentre dalla descrizione di detta casetta, eseguita allorchè si promosse il giudizio da Pado, si vede, che fu trovata nello stato medesimo, nel quale era nell'anno 1693., come attesta nella sua ultima relazione il testè defunto *Primario*.

Fino all'anno 1752. furono li Signori di Lazzari pacifici possessori della loro casa; ma essendo in quel tempo sorto il pensiere a D. Giacomo Lazzari seniore di costruire un palcone nel vi-

(1) *Fol.* 69. *ad* 72. *vol.* 2.
(2) *Fol.* 72. *a t. ad* 74. *d. vol.*
(3) *Fol.* 78. *ad* 81. *vol.* 2.
(4) *Fol.* 82. *d. vol.*

Digitized by Google

vicolo tante volte nominato, fu il medesimo ad istanza del Capitolo inibito dalla G. C., mentre credeva, che con quel palcone danno, e pregiudizio alle case di sua pertinenza si arrecasse. Fu allora, che eletto il Tavolario *Vetromile*, essendosi coll'intervento di tutti gl'interessati, recato il medesimo sul luogo in quistione, finì la briga nel nascere colla seguente dichiarazione, la quale fu poi confermata dal decreto del Magistrato. Or siccome io reputo molto interessante al giudizio presente l'espressioni, onde fu la inibizione accennata rimossa; così credo opportuno il trascrivere di detta dichiarazione interamente il contenuto: *Essendosi sulla faccia del luogo riconosciuta l'inibizione sudetta, e tenutasi sessione fra le parti avanti li Periti, e riconosciutosi la controversia, si disse*, CHE TALE INIBIZIONE NON POTEVA SUSSISTERE, MENTRE AL CAPITOLO NON S'INDUCEVA PREGIUDIZIO ALCUNO COLL'OPERA DI QUEL NUOVO PALCONE *a cui mottivo di consenso delle parti fu concbiuso, e stabilito, che il Dottor D. Giacomo Lazzari si fosse servito della sua ragione, non ostante l'inibizione sudetta* (1). Ed ecco costantemente in quattro diversi giudizj dimostrato il torto, col quale ha sempre piatito il Capitolo contro di questa famiglia, forzata a dispendiarsi per un secolo, e mezzo, dopo lo sventurato acquisto di uno stabile, il cui possesso è stato fatale, e forse lo sarà sempre, ove si serbi dal Capitolo l'antico niente plausibile costume, che pare da tempo in tempo tramandato.

Quarto giudizio nella G.C. del 1752.

Atto, col quale terminò.

Tutte le additate scritture, e le cose vicendevolmente dedotte, fecero ridurre le ricerche del *Primario* a tre essenziali punti, li quali debbonsi da me colla possibile brevità esporre; riservandomi le opportune risposte ad alcune riflessioni di lui, che credo dover essere per legge, o per fatto confutate; lo che per evitarsi la confusione da me si farà a suo luogo, dopo l'intera storica sposizione.

In primo luogo il Primario esaminò a chi si appartenesse il vicolo di *S. Restituta*, ed in vista degli accennati documenti egli onestamente non dubitò di rivocare il parere dato nel giudizio di Pado, e soggiunse, che se le suddette antiche scritture fossero state presentate alli Tavolarj *Salerno*, e *Mazza*, senza alcun dubbio averebbero essi definito quel vicolo *per via vicinale comune*, come lo definiva egli in questa occasione.

Relazione del Primario.

In secondo luogo esso fermossi a considerare l'espressioni del sopra-

(1) *Fol.* 83. *ad* 85. *d. vol.*

prascritto quarto patto, le quali a buon conto formano il massimo oggetto della quistione. Eseguendo tale operazione, rapportò le disposizioni del dritto Civile, e delle nostre patrie consuetudini, ed assumè, che in forza dell'uno, e delle altre, sotto il vocabolo di *apertura* non s'intenda quella, che noi chiamiamo palcone, quando abbia gli sporti sul suolo altrui; quindi aggiunse non di meno, che *non bastano le leggi per isciorre la controversia di cui si tratta*; mentre essendosi nel patto usato la voce di *apertura*, anche per dinotare generalmente le antiche, tra le quali eranvi de' palconi, pare, che vennero permessi coll'enunciato patto ancora li nuovi palconi da farsi. Non si arrestò in oltre il *Primario* dal riflettere sulla solenne dichiarazione dalli miei Clienti prodotta nel giudizio di Pado, nella quale chiaramente spiegarono la loro volontà per la costruzione di quei palconi, che *loro fossero sembrati più comodi, ed opportuni*. Finalmente espone la differenza delle espressioni di tal patto scritto nelle minute, ove le *aperture* furono limitate *a quelle soltanto dalla legge permesse*; ed al contrario tale facoltà fu ampliata nell'Istromento; nel quale le *aperture* furono concedute come *paresse*, *e piacesse* alli concessionarj. Dopo per altro aver riferite le suddette cose, rimette il *Primario* la decisione al criterio del S. C.

In ultimo luogo si fè il *Primario* ad esaminare, se nel caso di essere il vicolo di pertinenza del Capitolo, o nell'altro di esser comune, per legge possano li Signori di Lazzari avere nel loro edificio li palconi, il cui sporto sovrasta il suolo di detto vicolo; oppure vengono essi dal dritto vietati. In tale rincontro, egli assumè, che la legge *Mæniana Cod. de ædif. privat.* sia la norma di simili giudizj; mentre non v'ha nelle consuetudini disposizione alcuna intorno a somiglianti servitù. Prima di adattare però l'addotta legge alla controversia, il medesimo distinse la *Torre de' Negri*, dalle case, che si appartengono al Capitolo, e lungi dall'uniformarsi al sentimento del Tavolario *Mazza*, che credè pubblici ambedue gli edificj, sostenne, che il primo sia pubblico, perchè fa parte della Chiesa Cattedrale, ma il secondo addetto all'uso de' Canonici, debba privato riputarsi. Siffatta distinzione esso premise per istabilire la distanza legale, rispettivamente necessaria tra le fabbriche accennate, e li palconi controvertiti; poichè la legge pe' pubblici determina la distanza di *quindici piedi*, e per li privati quella di *dieci*. In forza dunque di tal legge, egli credè, che debbasi prendere nella decisione il seguente sistema circa gli otto contesi palconi.

Per

Per li primi quattro, egli dice, *nel sito P.*, *che corrispondono unicamente dirimpetto all' edificio della più volte nominata Torretta, dove stà eretta la Congregazione de' Negri, e non già incontro la casa del Capitolo, la Congregazione de' Negri, cui incumbeva di vietargli, non vi si è opposta; quindi il Capitolo non ha diritto a mio giudizio di proibirgli, perchè non sono li balconi sudetti incontro al suo edificio.*

Parere pe' palconi nel sito P.

Per gli altri quattro balconi nel sito O. dirimpetto alle finestre C. D. della casa suddetta del Capitolo, io dico, che li soli due balconi inferiori, uno nel quartino, e l' altro nel primo appartamento nobile possono entrare in competenza; atteso che fra il fronte di essi, e la Casa del Capitolo, non v' intercede lo spazio di piedi dieci stabilito dalla legge Mœniana, *cioè di palmi undeci, ed once tre del nostro passetto, giusta la rapportata opinione di Filandro* (a) *ma vi frammezza la distanza di palmi dieci, ed once sei di un aere libero; onde vi mancano once nove.*

Parere per gli altri nel sito O.

E rispetto agli altri due balconi superiori, uno nel terzo appartamento, e l' altro nel quarto, questi non possono essere disdetti; e perchè il primo era anticamente nello stesso sito, dove oggi esiste; e perchè sovrastando al suolo vicinale comune del vicolo, teneva già occupata quella colonna di aria, che framezza tra detto balcone, e 'l suolo sudetto, ed anche perchè detto balcone corrisponde non già dirimpetto alle Case del Capitolo, come gli altri due inferiori già detti; ma corrisponde incontro alla Chiesa di S. Restituta *posta alle spalle di detta Casa, essendovi fra loro uno spazio di aere libero molto maggiore di quello, che si ricerca dalla legge* Mœniana: *e sovrastando il quarto balcone al terzo sopradetto, la servitù del proietto non riceve alterazione alcuna, che anzi si diminuisce, attenta la sua maggior distanza dal suolo vicinale comune. Quindi conchiude, che questi due ultimi balconi non possono essere dal Capitolo vietati.*

(a) Credo opportuno l' avvertire, che l' opinione del suddetto erudito Comentatore di Vitruvio, sulla quale fonda il proprio sentimento il Primario, non è seguita da nostri più Classici Autori, li quali sostengono, che il numero de' piedi Romani debba ragguagliarsi al numero di palmi, secondo la misura del paese, e però nel caso presente la distanza dee essere di palmi dieci; quindi non solo si trova di tale misura; ma vi avvanzano once sei.

Si può dunque conchiudere, a norma del sentimento del Primario, che esaminata la contesa presente colla guida della nota legge *Maniana*, soltanto nove once di due degli otto palconi potrebbero venire in contesa; qualora però si volesse seguire il parere del suddetto *Filandro*, ragguagliando la misura de'piedi Romani a quella de'palmi Napolitani, e non il numero de'primi a quello de'secondi, giusta il sentimento de' nostri Scrittori.

Parere sulla L. sed si.

Ciò fatto, conchiuse la sua perizia il Primario coll' esame della stessa controversia sotto un aspetto diverso dall'accennato. Esso prese a considerare la legge *Sed si ff. de Servit. Urb. præd.* dalla quale, come è ben noto si dispone, che non sia permesso ad alcuno de' vicini d'immettere cosa sul suolo comune, contradicente l'altro vicino; quindi, egli dice, che in forza di tal legge potrebbero venire in controversia li palconi nel sito P. Non manca per altro il Primario, di avvertire, che nella causa presente debbano li fatti passati tra le parti essere la norma della giudicatura; mentre chiaramente si vede, che nel suddetto vicolo vicinale non siasi serbata la legge *Maniana*, e molto meno la legge *Sed si*; lo che dimostra, *che la comunione di detto vicolo fu unicamente costituita da compossessori del medesimo a solo oggetto di potersene ogni uno avvalere a sua voglia, cioè per l'uso così del passaggio, che per le aperture di porte, finestre, e balconi, ed anche per le grondaje de' tetti, siccome lo stato attuale di tutti gli edificj sudetti ad evidenza lo dimostrano; ed in fatti ne' due giudizj antichi di simili inibizioni dal Capitolo medesimo promossi, contro la stessa casa di essi Lazzari, uno che riguardava la chiusura di una finestra di aspetto all' anzidetto vico vicinale; e l' altro diretto alla demolitura di quel balcone antico; d' innanzi dinotato, il Capitolo dovè cedere all' uno, ed all'altro giudizio, come si ravvisa dal volume di scritture già presentato: e fu con decreto del S. C. ordinato di toglierse l' inibizione; e di servirsi essi di Lazzari del di loro diritto.*

Malgrado dunque il disposto di detta legge, onde vietasi l' indurre servitù sul suolo comune, senza il consenso de' vicini, non ritratta il Primario il già dato sentimento, scosso da fatti particolari passati in diversi tempi tra le parti ora contendenti, e rimettendo alla decisione del S. C. il dedotto da ambe le parti, conchiude = *Considerando di aver abbastanza interloquito, anche con mio sentimento sopra quelle pretensioni, che riguardano tutte le scritture posteriormente presentatesi, sulla posizione de' particolari luoghi in controversia, e le cose tutte, che al giudizio di un perito si appartengono; perciò non credo*

di

di dover qui entrare in un più minuto dettaglio di quanto ho antecedentemente riferito, e degli ulteriori argomenti, che per l'una, e per l'altra parte vi concorrono.

Riferita la suddetta lunga, e ragionata relazione, cui ho stimato adattare opportunamente qualche riflessione, onde minorar la noja alli Signori votanti, servendo il più che mi fosse possibile alla brevità, devo per fatto soggiungere, che sissatta relazione fu soscritta a 12. Dicembre 1793, e fu notificata con riserva di ragioni al magnifico Procuratore del Capitolo il dì 10. Gennaro seguente (1), e non essendosene dal Capitolo prodotto gravame, rimase ferma *citra præjudicium* (2).

Decreto di firma remaneat.

Terminata intanto la diffusa, ma necessaria narrativa de' fatti, passo a dimostrare, che manchi assolutamente al Capitolo per legge l'azione onde stare in giudizio: indi mi farò un dovere di esaminare e per legge, e per fatto le pretensioni dal medesimo dedotte, dando a ciascuna quella risposta, che la mia debolezza mi potrà suggerire; ciocchè procurerò di eseguire colla possibile precisione, e con due differenti Capitoli. Finalmente entrerò col terzo nell' esame del patto dell' istrumento accennato.

CAPO I.

Non può il Capitolo stare in giudizio, mentre mancagli l' azione legittima.

Il litigio, che trovasi nel S. C. introdotto fù rivestito di tutti li caratteri di una *nunciazione di nuova opera*, e si arrivò alla franchezza di asserire, *che si era preinteso* volersi fare da' miei clienti de'palconi, quandochè costa, che questi al numero di otto si trovavano già lavorati, e posti in opera molto prima, che la inibizione si producesse. Potrei in comprova addurre tutti gli documenti, che presso gli atti esistono, dalli quali evidentemente si raccoglie tal verità; ma sarebbe un fastidio inutile, mentre il fatto lo dimostra, e basta a chiunque l'osservarli, per esserne convinto. Posta dunque la perfezione di tali opere antecedente alla contestazione della lite, come potrà aver luogo l'azione *nunciationis* dal Capitolo intentata? E' noto che sissatta azione può unicamente avere il suo effetto, quando si sospetti, o dagli indizj si arguisca volersi da alcuno fare opera ad altri pregiudiziale, e perciò si abilita co-

L' Editto nunciationis non ha luogo.

(1) *Fol.* 215. *prim. vol.*
(2) *Fol.* 236. *dict. vol.*

lui, che il pregiudizio teme, allo sperimento delle proprie ragioni, coll'impedirsi intanto l'opera dell'altro, *ne fiat*.

Basta per tutti l'autorità del Giureconsulto *Ulpiano* (1) il quale insegna così: *Hoc autem edictum remediumque operis novi nunciationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea, quae nondum facta sunt, ne fiant: Nam si quid operis fuerit factum, quod non fieri debuit, cessat edictum de novi operis nunciatione*. Si potrebbe però dal Capitolo assumere, che non erano perfezionati li palconi, allorchè fu la inibizione proposta; mentre delle rinchiere di ferro mancavano. Forse in tal caso sarebbe sufficiente risposta la sola riflessione, che le dette rinchiere non aggiungono, o tolgono cosa alcuna alla pretesa servitù, essendo unicamente necessarie pe 'l comodo, e sicurezza degli abitanti; quindi, a riguardo del Capitolo, dee l'opera riputarsi perfetta, sebbene manchino dette cautele; giacchè queste non influiscono punto sulla servitù, che si allega; la quale non si altera, nè si diminuisce per tale mancanza; bastando li soli sporti di piperno, già di tutto punto fabbricati per costituirla.

Perchè non manchi per altro l'autorità delle leggi a convalidare tale teoria, sentasi lo stesso *Ulpiano* (2), il quale definisce, che s'intenda sotto l'espressione *operis facti*, a fin di escludere l'azione suddetta: *Opus factum accipimus, non si unum, aut alterum caementum fuerit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis, & quasi facies quaedam facta operis*. Or ciò posto, risulta evidente, che sono piucchè sufficienti a far reputare l'opera perfezionata gli otto palconi di tutto punto fabbricati prima della inibizione; poichè per mezzo di essi certamente cangiò di aspetto l'edificio.

Dell'interdetto restitutorio.

Esclusa siffatta azione in forza degli addotti indubitabili argomenti; resta a vedere, se possa il Capitolo agire, facendo uso dell' *interdetto restitutorio;* mentre lo stesso *Ulpiano* nella prima delle di sopra citate leggi avverte: *Quod cessante Aedicto de novi operis nunciatione, erit transeundum ad interdictum quod VI, aut CLAM factum erit, ut restituatur*. Ma quali sono di grazia li requisiti, dalli quali deve essere quest'azione sostenuta? Eccoli estratti dalle poche leggi, che hanno tale azione determinata.

Primo è necessario per aver luogo tale interdetto, che l'opera sia...

(1) L. 1. §. 1. ff. de novi operis nunciat.
(2) L. 21. §. opus ff. eod.

sia stata fatta in sito, il quale sia di ragion di quello, che dell' interdetto vuole avvalersi: *Interdictum hoc non solum Domino prædii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere* (1). Si è molto dubitato per la spiegazione delle parole *quorum interest*, usate nella suddetta legge, ed in altre sotto lo stesso titolo; ma dietro la scorta di varj Giureconsulti si raccoglie, che tali persone siano il *Colono*, il *fruttuario*, il *socio* (2). Fu ciò in poche parole determinato dallo stesso *Ulpiano*: *Si quilibet inscio, vel etiam invito me opus* IN MEO *fundo fecerit, interdicto opus erit* (3).

Il *Gotofredo* dice competere una tale azione, *non tantum Domino, sed & Colono, vel fructuario fructuum nomine* (4); ed il *Duareno* lasciò scritto: *Hoc interdictum propositum est adversus eos, qui* IN PRÆDIIS ALIENIS *opus aliquod faciunt, quod noceat, estque restitutorium* (5). Se dunque li miei Clienti *opus fecerunt in prædio suo* manca il primo requisito, per potere aver luogo l' interdetto.

Non parlo io già della condizione di violenza, perchè non può cadere in mente ad alcuno, che siavi concorsa; ma devo poche cose aggiungere circa la particola *clam*, che forma uno degli essenziali requisiti di tale azione. Per aver luogo l' interdetto, vi dee necessariamente concorrere l' ignoranza del vicino nel tempo, che l' opera siasi fatta. L' atto clandestino dalla legge è punito; ma non può dirsi clandestino ciocchè uno abbia fatto, non ignorandolo colui, che del fatto si duole: *Non videtur esse celatus qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit* (6).

Il *Donello* raccogliendo in breve le disposizioni del diritto, scrisse, essere assolutamente necessario il requisito dell' ignoranza in colui, che voglia all' interdetto ricorrere: *Præterea in persona Adversarii hoc exigimus, ut ignoraverit opus fieri* (7). Basta anzi per escludere tale requisito, che colui, dal quale l' opera-

 zione

(1) *L. 11. ff. quod vi, aut clam.*
(2) *L. 12. ff. eod.*
L. 13. §. 3. & 4. eod.
L. 16. §. 1. eod.
(3) *L. 15. ff. eod.*
(4) *Glos. in l. 16. ff. quod vi, aut clam lit. Y.*
(5) *Duaren. in tit. quod vi &c. in princ.*
(6) *L. 1. ff. de act. empt. & vend.*
(7) *Donell. de jur. civil. lib. XV. cap. 35. n. 11.*

zione si faccia, non abbia disegno di celarla ad altrui: *Quamquam etiam illud sufficiat*, CELANDI ANIMUM *non habere* (1). Si adattino ora al caso tali disposizioni legali. Come potrà dirsi, che il Capitolo abbia ignorato l'opera, la quale abbisognò di molto tempo per lavorarsi; e di molta fatiga per fabbricarsi, quando costa dagli atti, che ciò si fece pubblicamente nello spiazzo anteriore della Cattedrale? Quando è noto ad ogni uno, che nelle case del Capitolo, site nel vicolo di *S. Restituta*, quotidianamente intervengono li Signori Canonici, passando per quel vicolo stesso, nel quale si fabbricava? Quando finalmente si sa del pari, che nelle case contigue alla Chiesa fissamente abiti il Signor Canonico Capecelatro, Deputato espressamente dal Capitolo, per invigilare al proseguimento della fabbrica in quistione, come di sopra si è detto? Conchiudasi dunque colle parole del *Molina* (2): *Quando antè nunciationem novi operis aliquid ædificatum est in præjudicium alicujus, modo explicato, ut competat illi interdictum quod vi, aut clam ad illud destruendum, ac reducendum ad pristinum statum, necesse est, ut factum non sit illo id sciente, ita ut commodè possit illud impedire*. Resta dunque ad evidenza provato, che neppure uno de' necessarj legali sostegni concorra a corroborare l'azione del Capitolo nel caso presente.

Dell'azione negatoria.

Esclusе perciò le due azioni, che sogliono essere il più comune fondamento di simili giudizj, non rimarrebbe pel Capitolo, tranne l'azione *negatoria*, cioè quella, onde dalle leggi viene abilitato ognuno ad allontanare l'ingiusto pregiudizio, che da un'altro si vorrebbe arrecare, con soggettarsi il fondo del primo ad indovuta qualsivoglia servitù. A tal proposito potrei molto dilungarmi; ma lo farei inutilmente, mentre non ha il Capitolo spiegata quale servitù soffra pe' nuovi palconi, tranne quella dello *stillicidio* allegata per pretesto del primo libello, onde fu la lite contestata.

La Servitù non si presume.

Limiterò quindi la mia disertazione a due semplici, e note teorie, dalle quali sembra, che venga chiuso ogni adito a tale azione. Di fatti per legge è certo, che le servitù non si presumano, ma bisogna provarle; a ciascuno anzi è permesso di servirsi di sua libertà nell'edificare (3), nè potrà essere dal vicino vietato, se non mostri esso il fonte, onde il suo diritto de-

(1) *L.* 5. §. 2. *in fin. ff. quod vi, aut clam.*
(2) *Molin. tract.* 2. *disput.* 706. *n.* 5.
(3) *L. altius Cod. de servit.*

392 391

deriva. Infine, anche nel dubbio, dee favorirsi la libertà, fino a che non resti provato il contrario (a). Ciò premesso, avrebbe dovuto il Capitolo provare con qual ragione esso pretenda, che il supposto *stillicidio* non possa cadere sul vicolo di *S. Restituta*, e quale sia la origine del suo diritto, ma non avendolo fatto finora, nè potendolo fare al certo nell'avvenire, risulta dimostrato, che non gli sia lecito fare uso di un'azione, che dee tra le odiose annoverarsi, perchè priva della libertà il vicino, e però non dee ammettersi, se non nel caso di evidente, e fondata ragione (b).

Sento però ripigliare dall'Avversario, che il diritto del di lui Cliente nasca dalla proprietà di quel vicolo, sul quale la pretesa servitù si esercita; e perciò si debba dal Tribunale serbare illeso. Siffatta supposizione, totalmente lontana dal vero, riputar deesi la causa di tutta la dannosa, ed insussistente intrapresa. Sarà quindi giovevole il rammentare al S. C., che il vicolo di *S. Restituta*, (costa oggi dalle carte esibite, ed è convalidato dal parere del *Primario*) fosse ne'tempi passati chiamato *via vicinale*, *seu vinella*; e che sia un luogo commune a tutti i compadroni delle case adjacenti, per commodo, ed utilità di ciascuno. Cessa perciò interamente la conseguenza, che da un falso supposto il Capitolo deduce; che anzi la verità della pertinenza del vicolo oggi contestata, mi porge il valido argomento, che credo in secondo luogo esclusivo dalla promossa azione.

Nel fondo commune non si può agire jure servitutis.

Nel fondo commune non può proibirsi da uno de' *Condomini jure servitutis* all'altro di fare ciò che gli piaccia. *In re communi nemo dominorum, jure servitutis neque facere quicquam invito altero potest: neque prohibere, quo minus alter faciat*; ed eccone la ragione: *Nulli enim res sua servit* (1). Se dunque non può dubitarsi della communione di detto vicolo, non potrà il Capitolo sperimentare coll'azione *negatoria* la propria ragione, non essendo permesso di esercitare sulla cosa commune il diritto, che si accorda *jure servitutis*.

(a) Si può osservare il *Pecchio* nelle sue dotte quistioni *de servitut. Urbanor. prædior. tom. 2. cap. 5. qu. 4.*

(b) Dimostrerò a suo luogo, che nello stato antico dell'edificio eravi realmente lo stillicidio dal tetto, e sia questa una delle molte ragioni, onde debbano nel modo attuale rimanere i palconi.

(1) *L. 26. ff. de servit. prædior. urbanor.*

Digitized by Google

Credo, ciò posto, di avere abbastanza fondato il mio assunto col dimostrare, che non competa al Capitolo ragione alcuna per promovere il presente giudizio. Non debbo però trascurare di soggiungere, dietro le parole del più grande tra gli Oratori Romani, dal *Cujacio* rapportate (1): *Actiones esse expresse ex cujusque damno vel injuria*. I privati non possono agire senza interesse, quando anche l'azione fosse in se la più giusta, che possa essere. Un' uomo, che aveva dato in fitto un campo per molti anni, perchè si coltivasse, lascia in legato quel campo nel suo testamento. Si dimanda, se l'erede possa far costringere il *Colono* a coltivarlo; e 'l Giureconsulto *Cassio* risponde di nò, perchè l'erede non v'ha interesse (2). *Ulpiano* dice: che se un uomo ha commessa una violenza, gli eredi non possono procedere, se non vi hanno interesse (3).

Manca l' azione, mancando l' interesse.

Or se la esistenza de' palconi contesi non può arrecare il menomo lontano pregiudizio al Capitolo, come da chicchesia può agevolmente ravvisarsi, nè il menomo vantaggio può arrecargli la loro demolizione, perchè si dee sostenere, che gli competa azione, onde proseguire l'intrapreso capricciosо giudizio?

Per terminare non di meno la prima parte di questa, qualunque siasi, memoria, devo ricordare all'avvedutezza del S. C., che qualora al Capitolo azione nel giudizio suddetto si appartenesse, non potrebbe mai esercitarla in *via esecutiva*, restandogli molto a provare contro de' fatti tra le parti accaduti, prima, e dopo l'istromento del 1789., ed intanto non si potrebbe negare, che la inibizione fosse tolta.

Da' fatti stessi però, e da altre peculiari ragioni crede per avventura il Capitolo, che nasca il suo diritto. Il dimostrarne la insussistenza dunque formerà l'oggetto del seguente secondo Capo, nel quale con differenti paragrafi anderò riordinando le molte cose sparsamente allegate in diverse carte dalla parte contraria presentate.

CAPO

(1) *Cujac. ad l. 7. ff. de ann. legat.*
(2) *L. 32. ff. locati.*
(3) *L. 5. §. 4. ff. ne quis eum.*

Digitized by Google

CAPO II.

Confutazione delle pretese di Legge, e di fatto dell' Avversario.

§. I.

La legge Mœniana *non è in osservanza, e molto meno può esserlo in questa causa.*

IL primo appoggio della difesa del *Capitolo* è fondato sulla notissima legge *Mœniana Cod. de ædificiis privatis*. Credesi, che siffatta legale determinazione possa obbligare i miei Clienti a ridurre *alla Romana* tutti senza eccezione i palconi in contesa; conviene perciò fermarci alquanto ad esaminarne la origine, ed il valore; indi calcolare, se possa al caso adattarsi. Molti tra gli Storici più accurati tramandarono la notizia della voce *Menianum*, che in questa legge vedesi usata: *Valerio Massimo* ci fa sapere, che volendo *Cajo Menio* Collega di *Crasso*, nel Consolato di *Catone*, e *Flacco*, vendere una casa per edificarvi una Basilica, si riserbò il diritto su di una colonna, ch' era nel mezzo del Foro, per ingrandirne con de' tavolati la sommità, *quo superiora latius paterent, & posteri prospectarent, cujus generis ædificia, inde Meniana dicta, hodieque id nomen obtinuit* (1), presso *Cicerone* trovasi: *Menia columna*, per dinotare l' accennata colonna di *Menio* sulla quale s' innalzavano de' tavolati per osservare i giuochi de' gladiatori.

Origine della voce Menianum.

Tale fu dunque l' *etimologia* di questo vocabolo, dal quale si dinotano quelle aperture degli edificj, tanto frequentemente presso di noi, ed a dì nostri rese comuni. L' eruditissimo *Tiraquello* lo definisce così: *Menianum vero dici, projectum, protentumque spatium ultra ædes tignis porrectis, nullo munimento fultum ab imo, ambulandi, prospiciendique causa, a Cajo Menio Crassi Collega, unde nomen mutuavit, inventum* (2).

Ciò premesso, generalmente si vuole da' Comentatori delle nostre Consuetudini, che in esse non si trovi cosa alcuna stabilita *de menianis*; e dovendosi, ove manca il particolare statuto, ricorrere al diritto civile, dee la costruzione de' palconi regolarsi colle leggi Romane. Tra queste la più precisa è la suddetta *L. mœniana Cod. de ædific. privat.*, onde si stabilisce, che colui,

Si parla della L. Mœniana.

(1) *Valer. Max. lib. 9. cap. 12.*
(2) *Tiraquel. in Genial. dier. lib. 5. cap. 11.*

Digitized by Google

lui, dal quale i palconi vogliansi fare nel proprio edificio, debbasi allontanare dal pubblico piedi quindici, e dieci debba di aria libera lasciare tra 'l palcone, e 'l fondo privato: si soggiunge, che se questa distanza non siasi serbata, debbansi i palconi demolire.

Or siffatta legge, che provvidamente fu emanata, quando sotto il vocabolo *Menianum* intendevasi quella loggia, della quale poco fa ho parlato, diverso molto da' nostri piccoli palconi, da' quali non s'induce certamente uguale servitù, ma molto minore; non ingombrandosi nè punto, nè poco la via sottoposta; cotesta legge, la cui difficile ed incommoda esecuzione nelle popolose Città ognuno può ravvisare, soffrì, com'era ben regolare, delle limitazioni nel suo nascere. Di fatti la Glossa (1) espressamente avverte, che la demolizione poteva aver luogo, quando l'opera si fosse eseguita nella totale ignoranza del vicino; ma dovesse l'effetto della legge cessare in caso diverso: *Si tamen sciente, & non contradicente feci: non compelles me forte destruere, & sic loquitur hic quando me ignorante, vel invito fecisti*. Dalla stessa Glossa per altro si raccoglie l'inosservanza di detta Legge, mentre in termini poche volte usitati, e chiarissimi si aggiunge: *HÆC TAMEN LEX NON SERVATUR* (2).

Nella nostra Città l'osservanza di questa legge era presso che impossibile; chi non ravvisa in fatti, che specialmente nel sito, dal quale formavasi l'antica Napoli, non v'ha forse una strada sola, nella quale avrebbe la proibizione del rescritto potuto osservarsi; eppure da per tutto si veggono costruiti de' palconi. Da questa riflessione di fatto quanto semplice, altrettanto convincente si rileva ad evidenza, esser vero ciò che mi son proposto di provare. Non di meno, uopo è aggiungere, che molti tra' più accurati nostri Scrittori espressamente confermano questo assunto. Scelgo, per servire alla brevità l'avveduto *Bartolommeo Cepolla*, il quale nel suo trattato *de Servitutibus* scrisse quanto siegue: *Sed dicit Glossa, quod illa l. non servatur, & verum dicit, quod non observatur, in quantum loquitur de mœniano, vel alio ædificio facto juxta aliud privatum, sed servatur dispositio l. fin. ff. finium regundor. . . . Sed in quantum loquitur dicta l. Mœniana, quando ædificat juxta ædificium publicum, puta muros civitatis, vel horrea publica, tunc debet dimitti spatium* 15. *pedum, ut est etiam tex. in l. si cui, & ibi glossa* 3. *Cod. de ædif. privat., & dicit Angelus, quod ita ob-*

In Napoli non si osserva.

(1) *Ad verb. detruncentur.*
(2) *Glos. final. ad d. l. mœniana.*

observatur, *quia juxta muros civitatis*, *vel castri non permittitur ædificari*, *nisi tanta latitudine intermissa*, *ad hoc ut nihil mali vel sinistri excogitari possit*, *ut propter periculum incendii*, *& ruinæ*, *aut proditionis* : *quia habens ædificium suum juxta muros*, *ex parte sui posset clam murum suum perforare*, *& ingressum dare hostibus*; *& ita dicit se pluries vidisse* , *& audivisse*. *Subdit tamen*, *quod in quibusdam locis hoc non servatur*: TU DIC SICUT EST IN CIVITATE NEAPOLIS ; *standum est itaque in hoc Consuetudini* (1) . Di fatti il nostro *Giuseppe Sorge* avvertì : *Fuit tamen nobis relatum a pluribus expertis Tabulariis S. C.*, *jura prædicta non servari in hac Civitate* , *& quoad hoc textum prædictum non esse in viridi observantia dicit etiam Gloss. fin. in d. L. meniana* , *& animadvertunt plures DD.* (2).

Non si dee alla stessa ricorrere, mancando la consuetudine.

Nè deesi riputare poi fondato il sentimento di coloro , i quali hanno sostenuto, che mancando nelle nostre consuetudini disposizione intorno a' balconi , debbasi per necessità alla sopra citata legge ricorrere; mentre lo stesso *Cepolla* scioglie un tal dubbio nel seguente modo : *Ubi autem non sit aliqua consuetudo*, *an sit standum illi L. meniana* , VIDETUR QUOD NON : *& ideo ego in hoc sic concluderem* : *Aut quærimus de ædificio juxta ædificia publica*, *ubi non sit aliqua consuetudo certa*, *& tunc puto esse standum L. si cui cod. de ædif. privat.* (3) *ex quo varie*, *ut dixi*, *observatur de consuetudine* , *aut quærimus de ædificio privato*, *quod sit juxta ædificium privatum*: *& tunc non est standum dictæ L. Meniana*, *sive ædificium fiat ex objectu alterius* , *sive ex latere* , *quia nullo casu hoc servatur* (4).

Se dunque l' allegata *L. meniana* non fu osservata generalmente per testimonianza della stessa chiosa , e se la esperienza , e l' autorità de' nostri Scrittori contestano la inosservanza di essa precisamente in questa Città; restami ad esaminare , se supponendone l' osservanza , potrebbe aver luogo nella causa presente.

Requisito dell'ignoranza.

Il principale requisito per l' ammissione di tale legge è quello di es-

---

(1) *Cæpoll. de servit. urban. præd. cap. 61. n.* 3.

(2) *Sorge Jurispr. forens. tom. 3. de ædific. contr. c. 57. n. 67.*

(3) E' noto, che questa legge non parli, che delle fabbriche intorno le mura della Città, o de' Castelli, ma anche questa in Napoli non si osserva.

(4) *Cæpol. loc. cit. n.* 4.

Digitized by Google

efferſi fatti i palconi, contradicente, o almeno ignorante il vicino, come ſopra ho detto aver la gloſſa avvertito, e come inſegna lo ſteſſo *Cepolla* (1) *Quæ L. eſt intelligenda, quando tale ædificium fieret, vicino neſciente, vel contradicente, ſecus eo ſciente, & patiente, quia tunc deſtruere non compelleretur.* Siffatta dottrina è fondata ſul ſenſo comune, ed ha per norma molte eſpreſſe leggi in diverſe occaſioni emanate (2). In qual modo dunque potrebbe al caſo adattarſi, mentre, preſcindendo dagli atti poſitivi di conſenſo precedenti, e poſteriori al contratto, della cui forza parlerò a ſuo luogo, non v' ha dubbio alcuno, di eſſerſi gli otto controvertiti palconi fabbricati ſugli occhi di tutti i Signori Canonici, non che del Deputato, ſenza, che da eſſi la menoma doglianza ſi foſſe menata, tranne quella, che nacque un meſe in circa dopo la totale loro perſezione, in riguardo al lavoro, ed alla fabbrica? Colui, che non vieta ciò che potrebbe, non ſolo conſentiſce, ma comanda: *Jubet qui cum poſſit, non vetat*, ſcriſſe un antico filoſofo (3) e la ragion civile molti eſempi ci arreca, onde tal verità ſi conferma (4). Non eravi al certo, chi vietaſſe al Capitolo d' impedire i palconi, pria che ſi faceſſero, od almeno prima, che ſi metteſſero in opera, e pure ciò non ſi praticò in modo alcuno; ed ecco un forte motivo da eſcludere la legge ſuddetta.

Anche la conſuetudine diſpenſa la diſtanza per la via intermezza.

Non ſarà infine qui fuori di propoſito l' avvertire, che tali diſtanze ceſſano, anche in forza delle noſtre patrie conſuetudini, le quali in termini generali di *aperture*, ſtabiliſcono la diſtanza di dodici palmi tra l' uno, e l' altro edificio; ma ſuppongono, che il ſuolo intermedio ſia di uno de' poſſeſſori giacchè nella Conſuetudine *ſi quis habet parietem* ſotto il tit. *de ſervitutibus* ſi parla del muro *juxta curtim, domum, vel hortum vicini*; quindi, dice il *Molfeſio* (5) dopo il *Napodano*: *ſi inter parietem, ubi eſt apertura, & domum vicini volentis ex oppoſito dictæ aperturæ ædificare, ſit aliquod ſpatium minus duodecim palmorum viæ publicæ*, VEL VICINALIS, VEL ADSIT LOCUS EC-

(1) *Loc. cit. d. n. 3.*

(2) *L. Si proprius ff. de mort. inferend. L. qui bona §. ſi quis juxta de damn. infect. L. Sabinus ff. com. divid.*

(3) *Sænec. in Troade act. 2.*

(4) *L. 39. ff. ſolut. matrim. L. 41. ff. eod. L. 14. ff. ad l. Jul. de adult.*

(5) *Molf. p. 13. de ſervit. q. 15. n. 6.*

Digitized by Google

ECCLESIÆ . . . *Consuetudo non procedit*, & *satis est illud spatium dictæ viæ publicæ, vel* VICINALIS. Indi soggiunge: *Secundo hoc limitat Napodanus quando illud spatium* ESSET COMMUNE *quia ex re communi non debet deberi aliqua servitus*, & *sic nec luminis, nec aspectus* (1).

La legge è inadattabile al caso.

A che per altro mi affatico a dimostrare in diritto l'inosservanza della medesima, se col fatto non potevasi al caso adattare? Il vicolo in quistione, costa dalle varie relazioni in diversi tempi esibite, che nella massima estensione non è che soli palmi dieci, o poco più di larghezza, come dunque potevasi serbare la distanza dalla legge prescritta, la quale non è minore de' dieci piedi Romani? La impossibilità dunque dell' applicazione rende inutile la forza di una legge, già per se stessa caduta nell' obblio per la difficoltà della esecuzione, nè mai nella nostra Città osservata.

Da tutto ciò sarà agevole il dedursi, che disse male l'*Illustre Primario*, quando ammettendo, che i quattro balconi nel sito P. non potessero in forza di tal legge vietarsi, perchè l'edificio opposto al Capitolo non si apparteneva; che gli altri due superiori nel sito O. dovessero rimanere nello stato attuale, perchè molto distanti dalle fabbriche di *S. Restituta*, soggiunge che i due inferiori allo stesso sito, dovessero nove once scemarsi, volendosi però seguire il sentimento di *Filandro*, che calcola il valore de' piedi R. colla nostra misura, e non uguaglia il numero de' primi a quello de' secondi, come sostengono i nostri DD.; ed è alla ragione uniforme. Doveva il *Primario* avvertire la inosservanza della citata legge; doveva ricordarsi, che nel vicolo stesso vi sono de' palconi molto più grandi, e molto più vicini all' opposti edificj, come è quello nel sito H., al Capitolo appartenente, che dista un solo palmo, e mezzo dalla casa di Apice; doveva riflettere, che il suolo intermedio è comune, come egli stesso lo deffinisce, e che perciò anche le nostre consuetudini non vogliono osservate le prescritte distanze; doveva in fine marcare l' impossibilità della applicazione di tal legge nel caso in quistione, e senza promovere il suddetto insignificante scemamento per due degli otto palconi, decidere doveva la quistione co' dettami del buon senso, e della ragion civile; con una sola sentenza: *Hæc tamen Lex non servatur*; locchè mi ero da principio proposto di dimostrare.

§.II.

(1) *Idem loc. cit. n.* 8.

§. II.

La Torre de' Negri non si appartiene al Capitolo.

Discorso sul dominio della Torre.

DIspiaciuto l' Avversario degnissimo della decisione dal *Primario* fatta circa i quattro suddetti palconi nel sito P., i quali corrispondono incontro la *Torre de' Negri*, alla cui Confraternita, attesta, che sarebbe spettato lo inibirli, allegò prima con istanza, ed ora ha creduto convalidare con una copia d' iscrizione esistente nella stessa Congregazione, che al Capitolo si appartenesse il dominio di detta *Torre*, e per conseguenza debba reggere per tal ragione, e per tal riguardo la promossa inibizione.

Per confutare tale assunto, il quale a primo aspetto può sembrare interessante, io mi appello sopra tutto alle Scritture stesse dal Capitolo presentate nel suddetto giudizio sostenuto col Principe di Pado. Da quelle carte rilevasi la trasmigrazione di detta Congregazione nel luogo suddetto dalla Chiesa di *S. Restituta*, ove anticamente radunavasi.

Concessione della Cappella in S. Restituta alla Congre azione nel 1567.

Costa in primo luogo da una fede del Rev. Cancelliere della visita fatta nel 1581. dall' *Arcivescovo Cardinale de Capua* della Chiesa di *S. Restituta*, che nel 1577. per mezzo di pubblico istromento fu dal Capitolo conceduta la Cappella di *S. Gio. in fontibus* eretta nella medesima Chiesa, per l' uso di detta Confraternita, chiamata in quel tempo *della morte*, perchè ivi potesse radunarsi, ed orare, come fu ad essa accordata una camera per vestirsi, ed una fossa per seppellirvi i cadaveri de' Confratelli. Si convenne parimenti, che non dovessero i Rev. Canonici partecipare de' lucri di detta Congregazione, nè mescolarsi nel suo governo, come i fratelli non dovessero ingerirsi in cosa alcuna a' Canonici riguardante. Si promise al Capitolo una candela di due libbre di cera ogni anno, e due simili con ducati due di limosina nell' officiare ogni cadavere de' fratelli, al che i Canonici si obbligarono. Si soggiunse in fine, che quando nell' avvenire occorresse al Capitolo di far uso di detta Cappella, e della camera, fossero i Confrati tenuti a lasciarla, colla condizione di venire essi rimborsati delle migliorìe, che si trovassero esistenti (a). Fin quì si può agevolmente rilevare, che tutto il diritto avrebbe il Capitolo di opporsi, se i palconi fossero esistenti incontro la Cappel-

(a) Di tal documento v' ha presso gli atti copia estratta.

pella di *S. Giò: in fontibus*, eretta nella Chiesa di *S. Restituta*; ma si passi innanzi.

Nel 1647. fece la visita il *Cardinale Ascanio Filomarino*, e trovò incomoda, ed indecente la detta radunanza nella Cappella sud. detta, quindi, facendo uso di quel diritto, e di quella giurisdizione, che al solo Arcivescovo compete, stabilì trasferirla nella detta *Torre*, ove al presente si trova. Accedè a tale atto il consenso de' Signori Canonici, ma soltanto per due motivi, il primo, perchè volle l' Arcivescovo profanare l' oratorio suddetto; il secondo, perchè stabilì, che rimanesse nella Chiesa di *S. Restituta* la fossa per inumare i cadaveri de' Congregati. Ordinò dunque: *prophanari, prout dictum Oratorium prophanavit, non tamen ad usus sordidos deserviri voluit, & onera ejusdem Oratorii, si quæ sint, confratruum prædictorum transferri aque mandavit ad Cappellam Thesauri veteris, sitam a parte sinistra ingredientium ad Ecclesiam Cathedralem, quam Cappellam* EISDEM CONFRATRIBUS TRIBUIT, DEDIT, COMMUTAVIT, ATQUE ADSIGNAVIT, *una cum tribus cameris, vitriatis &c.* Tutto ciò rilevasi dalla fede fattane dal *Rev. Canonico D. Francesco Lombardo*, Segretario del Capitolo, e dalle copie degli atti della visita suddetta (1).

Trasmigrazione nella Torre del 1647.

Da queste stesse carte dell' Avversario prodotte in quel giudizio si potrebbe fondatamente conchiudere, che non possa il Capitolo vantare il menomo diritto sulla *Torre de' Negri*, ove nel 1647. fu la Congregazione per disposizione dell' Arcivescovo trasferita. Perchè non ostante chiudasi una volta l'adito a nuove opposizioni per tal riguardo, sarà giovevole il rammentare, che non ha mai il Capitolo vantata ragione alcuna sulla detta *Torretta*, come quella, che forma parte della nuova Cattedrale di Napoli.

Non è per legge Canonica conosciuta altra causa di *Patronato*, meno che quelle della *fondazione*, della *ristaurazione*, e della *dotazione* di un luogo Sacro. Ora è notissimo, che la riedificazione della Cattedrale presente fosse cominciata nella fine del XIII. secolo sotto i *Re Angioini*, essendo Arcivescovo il celebre *Filippo Minutolo*, e che poi, dopo il tremuoto del 1456., fosse rinnovata sotto il Regno di *Alfonso I.* Questa magnifica fabbrica occupò nella parte dell' Altare maggiore, e della Croce tutto il suolo dell' antica *Stefanìa del Salvatore*, e comprese piccola parte della Chiesa di *S. Restituta*, la quale vi restò attaccata, quantunque del tutto separata, come ocu-

Fondazione della odierna Cattedrale.

(1) Presso gli atti si è pure esibita la copia.

ocularmente si può vedere (1) Trascuro le diverse opinioni sul punto tanto dibattuto dell' unità della Chiesa Napoletana, o dell'ammissione delle due Cattedre Greca, e Latina, alla prima delle quali fosse addetto il Capitolo de'Canonici, e 'l Collegio degli Eddomadarj alla seconda, perchè non occorre al mio assunto far pompa di simili erudizioni; e mi attengo a provare, che non avendo il Capitolo contribuito nè alla fondazione della Cattedrale, nè alla ristaurazione della *Torre*, non possa pretender sulla medesima ragione alcuna.

Ed in vero non v' ha chi non sappia, che alla edificazione del magnifico tempio, del quale si parla, contribuirono le cure del Sovrano, le somme da lui, e dalla pietà de' fedeli erogate, senza che il Capitolo vi avesse potuto contribuire. La origine de' Capitoli non è più antica del Pontificato di *Alessandro III.* cioè verso l'anno 1168., nel quale per la prima volta si vide far uso della voce *Capitolo* in una lettera di *Pietro Blesense* eletto Arcivescovo di Napoli (2). Prima di tal tempo il Clero diocesano conservava tutto il diritto, finanche nella elezione de' Vescovi. Ne' primi tempi della Chiesa nascente fino al Secolo XII. tutto il Clero ebbe le facoltà di *Vicepastore*; dopo l'epoca additata tale diritto fu dato alle persone prescelte dal Clero medesimo, le quali lo rappresentassero, come deputate, ed acquistò questo Collegio anche, *sede vacante*, lo esercizio della giurisdizione diocesana (3).

Origine de' Capitoli.

Nelle fondazione dunque della nuova Cattedrale di Napoli non ebbe parte il cospicuo Collegio de' Canonici, mentre l'officiatura de'Canonici nella presente Cattedrale non cominciò prima dell'anno 1317. sotto il celebre Arcivescovo *Umberto di Montauro*, nè furono al Coro della Cattedrale, *statutis diebus* obbligati, se non con breve del *Pontefice S. Pio V.* nel 1567. Gli antichi compilatori delle cose Sacre della nostra Città ci han poi lasciata particolare memoria del rifacimento di detta Torre: tra gli altri può osservarsi il de *Stefano*, che diede alla luce le sue memorie nal 1560., e come testimonio oculare rapporta, che *nel detto Arcivescovato la religiosissima Duchessa d' Alba già Vice-Regina di questo Regno have fatto edificare a tempi nostri una bellissima Cappella ne la Torre comunemente detta del* Thesoro *ove per lo passato se conservavano, & al presente*

Rifazione della Torre.

(1) *Chioccarel. de Episcop. Neap. pag.* 185.
(2) *Chioccarel. loc. cit. pag.* 133.
(3) *Van-Espen Part.* 1. *tit.* 8. *cap.* 1. *tit.* 1.

Digitized by Google

te se conservano assai più honoratamente, & comodamente molte reliquie (1). Il *Celano* poi avverte la concessione di detta Torre fatta alla Congregazione di *S. Restituta* dal *Cardinale Filomarino* : *Però questo luogo, essendo stato fatto dalla Città il nuovo Tesoro, fu conceduto dal Cardinal Filomarino alla compagnia di S. Restituta* (2).

Chi mai potrà, dopo tali appena accennate notizie, dubitare, che non avendo il Capitolo contribuito in modo alcuno alla edificazione della Cattedrale, e alla ristaurazione della Cappella; ed avendo di questa l'Arcivescovo disposto, come ben poteva, rimanga ad esso il più piccolo diritto sulla Cappella medesima? La esibizione per altro dell'accennata iscrizione, dalla quale a buon conto si testifica la fondatrice della Cappella, e la concessione della stessa fatta dall' Arcivescovo alla Confraternita; mi fa entrare in sospetto, che quell' *assentiente Capitulo*, che in essa si legge, e trovasi anche nell'atto di detta concessione, possa spingere l'Avversario a sostenere, che se il consenso del Capitolo fu alla trasmigrazione necessario, ciò dia un sicuro argomento di dominio. Ho detto, che di tale assunto io sospetto, perchè non posso mai credere, che un dotto Giurisperito ignori, che la particola *de consensu Capituli* importi quel voto consultivo, che ne' tempi a noi più vicini i Vescovi dovevano richiedere al Capitolo, come rappresentante il Clero universale, dal quale prima erano le giuridizionali disposizioni de' Vescovi accompagnate; ma non possa mai significare il più lontano indizio di dominio. Sentasi su tal proposito il di sopra citato *Van-Espen*: *Subsequentibus saeculis paulatim Presbyterorum, Clericorumque numero crescente, caeperunt Episcopi e Clero quosdam eligere, sibique proprios assignare, quorum consilio, & opera Dioecesim suam regerent, quos posterior aetas Canonicos Cathedrales vocavit . . . In textu observatum fuit, quod sensim labentibus saeculis, Capitulum Cathedrale caeperit reputari pro Senatu Ecclesiae, atque Clerum totius Ecclesiae repraesentare adeo, ut, quae primitus per Episcopum cum consilio, & consensu Cleri erant, secundum Canones, tractanda, & resolvenda, tandem tractari, & absolvi cum consilio, vel consensu Capituli, neglecto reliquo Clero, caeperint* (3). Ecco dunque dimo-

Il consenso del Capitolo non importa dominio.

(1) *Pietro de Stefano descrittione de i luoghi sacri della Città di Napoli.*
(2) *Celano giorn. 1. pag. 92. ultim. ediz.*
(3) *Van-Espen loc. cit.*

Digitized by Google

mostrata la vera canonica ragione di quella formola, che tutto induce, fuor che dominio a' Capitoli delle Cattedrali.

Si termini intanto questa per la causa interessante discettazione co' sentimenti del chiarissimo *Majelli*, il quale pur fu ascritto nel rispettabile ceto de' nostri Canonici. Esso in una sua dottissima opera (1) espressamente, e molto al mio proposito dice: *Si sa bene, che il governo, e reggimento della Chiesa di Napoli è assoluto, e Monarchico nella persona dell' Arcivescovo, ed i Canonici non han per pensiero, che farvi, se non quando sono eletti, e deputati dall' Arcivescovo a tale, o tale officio amovibile ad nutum, ciò che è per deputazione dell' Arcivescovo, non come intrinseco del Canonicato*. Sarà quindi facile il conchiudere, che la formola usata *de consensu Capituli* nella trasmigrazione della Confraternita, e nella sudetta iscrizione, non favorisca in alcun modo l'assunto contrario, e rimanendo provato, che non abbiasi dal Capitolo diritto alcuno sulla *Torre de' Negri*, fondata colla Cattedrale, e rifatta a spese della *Duchessa di Alba*, nè abbia potuto influire alla translazione, che fu un atto giuridizionale di proprio moto dell' Arcivescovo, risulta legittima l'illazione di non aver esso la facoltà d' inibire i quattro palconi nel sito P., i quali unicamente incontro al muro cieco di detta *Torre* corrispondono; e trovasi al diritto, ed al fatto conforme il sentimento dal *Primario* pubblicato.

§. III.

Analisi della L. sed si ff. de servitut. urban. præd.

SEbbene di questa legge abbia nel decorso del giudizio fatto poco uso l'erudito Contradittore, ostinato sempre nell' assumere che il vicolo di *S. Restituta* sia di privato dominio del Capitolo, e però colla di sopra esaminata legge *Meniana* debbasi il litigio decidere; pure sono io nella necessità di calcolare il valore di questa altra, sì perchè non rimane ombra di dubbio, dopo la esibizione delle ultime scritture, e della relazione del Primario, circa la natura del vicolo in quistione, il quale è *vicinale comune*; sì anche perchè fu di questa legge (che delle cose comuni a molti possessori dispone) diffusa-

(1) *Memoria in difesa dell' onore del Capitolo Metropolitano pag. 47.*

398

samente tratta il *Primario* stesso. Il dotto Avversario, non potendo negare, che nelle antiche scritture il vicolo suddetto fosse costantemente chiamato: *via vicinale*, *seu vinella*, nega però, che sia comune, ed io potrei astenermi dall'esame, che imprendo, se il sudetto *Primario* non gli avesse dato il carattere di *comune*. Rapportato quindi ciò che dalle leggi trovasi disposto circa le cose, che a molti possessori si appartengono, proverò, che le sudette provvide determinazioni non siano per mancanza del fatto alla causa confacenti.

La legge vuole il dissenso.

Dalla detta *L. sed si* prescrivesi, che sulla casa comune, non possa uno de' Condomini appoggiare una trave da un' altra casa propria alla prima contigua. Indi si passa più d'appresso a determinare il caso in controversia. *Si in area comuni ædificare velis, socius prohibendi jus habet, quamvis tu ædificandi jus habeas a vicino concessum quia* INVITO SOCIO *in jure* (*idest in re*) *comuni non habeas jus ædificandi* (1). Questa legge, e cento altre, che nel corpo del *jus civile* si trovano sono tutte uniforme al buon senso, ed alla giustizia, ma questa legge medesima espressamente, e tutte le altre suppongono il dissenso del socio, o del compossessore, per esser all'altro vietato di fare nel fondo comune delle novità, o imporre servitù sul suolo comune. Credo dunque necessario l'esaminare brevemente, quali operazioni per legge siano prescritte, per indurre il consenso, dal quale gli effetti di tali determinazioni si rendono vani.

Quale sia il consenso.

Non fa d'uopo alcerto, per dirsi, che uno abbia ad un atto consentito, il prestarsi, e l'annuire, palesando a voce, o in iscritto il proprio affermativo sentimento. *Consensus apparet ratihabitione non tantum expressa, sed & tacita, idest ubi scivit, quod actum erat, & fieri passus est, quæ ad aliam causam referri probabiliter non possunt* (2). Egli è un canone in diritto, del quale non v'ha chi dubiti, che per mezzo di atti indicanti possa ognuno mostrare il suo sentimento, sebbene non lo spieghi colle parole. Luminosi esempj si possono dalle leggi raccogliere in conferma di tale teoria: così la restituzione del *Chirografo* dal creditore fatta, dimostra la remissione del debito (3): così la eredità si ripudia non solo colle parole, ma an-

(1) *L. 26. §. si in area ff. de servit. urban. præd.*
(2) *Grot. de jur. bell. & pac. lib. 3. c. 22. §. 3.*
(3) *L. 2. ff. de pact.*

ancora *quovis indicio voluntatis* (1): così infine, se, essendo uno padrone di una cosa, *sciens*, contratti con altri, che la possegga, quasi che questi ne fosse il proprietario, si reputa *jus suum remisisse* (2). Sembrare alcerto molto ragionevole deve l'addotto sistema, per la naturale presunzione, onde dee credersi, che uno abbia voluto, ciò che con indizj abbia sufficientemente significato: *Neque tamen patitur natura humana societatis, ut actibus animi sufficienter indicatis, nulla sit efficacia* (3).

Del tacito consenso.

Il solo silenzio inoltre bastar può alle volte ad indurre un tacito, ma efficace consenso, avendosi riguardo alle circostanze dell'affare. Fin dalla Legge Ebrea (4) fu ammesso l'assioma, non di raro inculcato poi dalla ragione civile: *Si quis sciens, & præsens tacet, videtur consentire, nisi circumstantiæ ostendant, quominus loquatur, metu eum, vel alio casu impediri.* Ecco dunque, che il silenzio sia bastevole a dinotare l'approvazione, purchè non sia effetto di timore, o d'altro legittimo impedimento: a buon conto, bisogna, *ut silentium sit scientis, & ut sit libere volentis* (5).

Del silenzio.

Ciò premesso, supplico il S. C. a ricordarsi de' fatti accaduti in questa causa prima, e dopo la stipola dell'Istromento di *enfiteusi*; prescindendo però dal contenuto nell'Istromento stesso di concessione, la quale si contende essere stata limitata alle sole *aperture*, e merita a luogo più opportuno il dovuto schiarimento. Si considerino dunque semplicemente gli atti, ne' quali si parlò di palconi manifestamente, ed evidentemente si vide la fabbrica de' medesimi, e si conoscerà in quante maniere espressamente, e tacitamente il Capitolo vi acconsentì.

Atti di espresso, e di tacito consenso.

Nel giudizio di Pado si cerca dalla Congregazione una dichiarazione a' miei Clienti; essi la producono, ed appalesano la intenzione di far *tutte quelle aperture di porte, finestre, o* PALCONI, *che fossero più comode, ed opportune.* Il Capitolo era in giudizio, non solo sentì, e tacque; ma con formale istanza inerì alle cose dedotte, e cercò togliersi l'impedimento dal Principe prodotto. In questo caso l'espresso consenso fa guerra al Capitolo, e la massima legale, ond'è notissimo, che *in judicio quasi contrahitur* (6).

Ma

(1) *L. qua ratione §. ult. de acq. rer. dom.*
(2) *L. quidam ff. de rer. jud.*
(3) *Grot. de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 4. §. 3.*
(4) *Num. XXX. 5. & 12.*
(5) *Grot. loc. cit. §. 5. n. 3.*
(6) *L. 5. Cod. de obl. & act.*

Digitized by Google

Ma dippiù: si produce dal Capitolo la prima inibizione, riguardo alla sognata usurpazione di parte del vicolo, dopo molta discussione, finisce il giudizio con un consenso del Signor *Canonico Capecelatro*; e con esso non si limitano le facoltà degli *Enfiteuti*, anzi si accrescono, nè si prende avidamente, come ben potevasi, quella occasione, per darsi maggiore dilucidazione ad un patto, che ora si pretende dubbio, ed equivoco, nè si proccura di spiegare quali *aperture* si erano concedute. Il Capitolo consente al proseguimento delle fabbriche intraprese, e si rimette per la direzione di esse al *Tavolario Romano* interamente, e senza eccezione, tranne il carico d'invigilare, trasferito dall'Ingegniere *Senese* al sudetto Signor *Canonico Deputato*. Consentisce dunque tacitamente il Capitolo alla esecuzione di quella volontà, e di quel disegno che i miei Clienti antecedentemente dichiarato avevano in un pubblico giudizio.

Più ancora: Dal *Tavolario Romano* appunto, alla cui direzione si era il Capitolo rimesso, si ordina la costruzione degli otto contesi palconi; si lavorano lungamente i respettivi *Tavoloni di piperno* in un luogo egualmente pubblico, quale è lo spiazzo innanzi alla Cattedrale, che esposto agli sguardi de' Signori Canonici, da' quali quotidianamente si officia nella sudetta Chiesa, e molto più soggetto ad essere osservato dall'avveduto Signor *Canonico Deputato*, dal quale nelle case ivi contigue si dimora; eppure il Capitolo osserva, e mena alto silenzio. In seguito si mettono in opera i sudetti palconi con quelle macchine, ed argani, co' quali l'arte prescrive di elevarsi i corpi pesanti; e tale operazione, resa più lenta del solito per l'angustia del vicolo, ove si praticava, fu eseguita in tutte le sue parti, senza la menoma doglianza di chicchesia. Finalmente si fabbricano di tutto punto i palconi, e si perseziona con uguale tranquillità, e silenzio l'opera; passa un mese in circa, e non v'ha vivente, che si dolga; dopo tutto ciò si produce la inibizione, che ora si và a decidere; ma che altro si potrebbe desiderare per dirsi, che l'opera fu fatta col pieno consenso del Capitolo? Quali altri segni si possono immaginare, che siano più manifesti delle istanze fatte in un giudizio, più convincenti de' consensi dati legittimamente, e solennemente, affin di terminarsi una lite, più significanti dell'alto, e costante silenzio tenuto per de' mesi da tutti i moltiplici, ed avveduti ispettori? Il più ostinato *Pirronista* dunque converrebbe senza ripugnanza a sostenere il mio assunto, e però sarà facile il giudicarsi, che invano si allega la citata Legge, dalla quale nel

suo-

suolo commune vien proibito di fabbricare, o fare altre novità ad uno de' possessori, richiedendosi però la condizione inevitabile del dissenso dell'altro: *invito socio* (lo senta, e se ne persuada una volta il Capitolo) *in re comuni non habemus jus ædificandi*.

Della natura del vicolo.

Avrei finito il mio impegno circa tal punto, se non fossi nella necessità di giustificare la relazione del Primario, riguardo alla qualità, ch' egli attribuisce al vicolo suddetto di *via vicinale comune*. L'Avversario, dovendo prestar fede agli occhi proprj, non può negare, di essersi negli antichi strumenti chiamata *via vicinale*, *seu vinella*, oppure *una certa vinella*, ma non vuole, che perciò si reputi *comune*. Questo mi sembra il luogo opportuno per disingannarlo.

Della via vicinale.

Non è, che notissima la deffinizione della *via vicinale* in Legge: *Vicinales sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt: has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est* (1). Il modo, onde la *via vicinale* si costituisca viene avvertito da altra Legge ne' seguenti termini: *Via vicinalis constituitur ex privatorum agrorum privatione, & destinata principaliter usui privatorum agrorum commoditati, quamvis accidentaliter aliis deserviat, & destinatur pro singularum vinearum commoditate, & inter ipsa prædia intermoritur* (2). La *via vicinale* dunque si reputa privata sol quando costi, che siasi formata dalla privazione di parte de' finitimi fondi, che i possessori hanno voluta, affin di costruire la strada stessa, ed apparecchiare a se medesimi un comodo maggiore. Allorchè al contrario tale *collazione* di parte de' proprj fondi non possa provarsi, dee la *via vicinale*, a norma delle citate leggi, pubblica reputarsi.

Potrà per altro privata, e *comune* caratterizzarsi la *via* suddetta, anche quando da tempo antichissimo per tale siasi tenuta generalmente, e siasi dalla pubblica autorità, e dal rimanente de' Cittadini sofferto in pace, che ad uso de' particolari vicini possessori sia stata addetta: *Limitatur tamen nostra conclusio* (scrisse il *Pecchio*), *quandoque posse viam publicam præscribi, non per veram præscriptionem, sed per consuetudinem, si non per expressum consensum populi, saltem tacitum* (3). Da una lunga pazienza infatti, e dalla desuetudine si presume una concessio-

(1) *L. 2. §. vicinales ff. ne quid in loc. pub.*
(2) *L. fin. ff. eod.*
(3) *Pecchius tom. 3. c. 9. quæst. 10. n. 37.*

sione (1); quindi *Baldo* a tal proposito avvertì: *Sed quando consensu expresso, vel tacito populi, redacta est via in figuram privatæ: certe talis via bene potest usu acquiri* (2).

Il vicolo è comune.

Il vicolo di *S. Restituta*, seguendo tali principj, non si può dubitare, che sia una vera via privata, e *consortiva*. Non v' ha memoria di esser mai stata pubblica, e le mancano i principali requisiti della via pubblica, che dee dal pubblico cominciare, e nel publico finire (3) mentre questa tra le case adjacenti *intermoritur*. Tutti gli atti, che vi si sono per l' addietro praticati, indicano la sua privata, e comune qualità. Ciascuno de' possessori delle case vicine si è servito di sua libertà nell' edificare, come gli è piaciuto, imponendo quelle servitù che ha credute a se comode, senza danno positivo de' vicini, come bene avverte il *Primario*, quando gli altri non siansi legittimamente, e ragionevolmente opposti. Varie giudicature, che si apprezzano come la verità, hanno confermato tale opinione, e due esempj da me disopra allegati, cioè il giudizio sostenuto nel 1693. nella Curia Arcivescovile, onde fu il Capitolo obbligato a moderare la fabbrica della Casetta; e l' altro dell' anno 1752. nella G. C., onde per consenso del Capitolo stesso continuò D. Giacomo Lazzari seniore a costruire il palcone prima impedito, mostrano evidentemente la comunione del vicolo; ciò che dal suddetto *Primario* del pari si riflette. Inoltre l' essersi ora stabilito nell' Istrumento del 1789., che il medesimo vicolo si munisca di porta, dandone la chiave ad ognuno de' possessori, palesa nel modo più chiaro il dominio a tutti ugualmente appartenente. Infine per compruova si rifletta, che in quel vicolo si aprono i lumi, e le porte, senza permesso, e senza corrispondere i soliti diritti alle deputazioni della nostra Città, e questa del pari non è obbligata a purgare gli aquedotti in quel vicolo, come eseguisce nel rimanente della Capitale. Ciò, credo, che basti per conchiudersi, che la via sia di privata pertinenza de' possessori.

Se però, malgrado gli addotti principj, e le aggiunte riflessioni non si persuada il Capitolo di tal verità; io lo richiamo a quelle stesse espressioni delle antiche scritture, ch' esso non ha potuto negare, e mi lusingo poter sostenere, che se questa via detta tre secoli indietro *vicinale*, o *vinella* non debba esser priva-

(1) *L. Cum de in rem verso ff. de usur.*
(2) *Baldus conf. 206. part. 1. n. 2.*
(3) *L. fin. ff. de locis, & itiner. publ.*

vata, e comune, qualora letteralmente vogliasi la legge seguire, mentre è certamente impossibile il provarsi, che ne' remoti tempi sia stata da' *Condomini* formata, non dovrà però mai di privato dominio del Capitolo credersi, e giudicarsi. Ciò premesso, soggiungo un dilemma, dal quale sarà ognuno convinto: O la via detta manifestamente *vicinale* voglia credersi pubblica ed allora cesserà l'inibizione de' palconi, perchè la legge *Mæniana*, onde si sostiene, non si osserva, e sarebbe di niun vigore, se si osservasse, mentre la via pubblica di qualunque larghezza basta ad abilitare qualsivoglia fabbrica ad uno de' lati; anche per disposizione delle nostre consuetudini; o si voglia *comune*, ed allora cesserà l'inibizione, essendosi di sopra dimostrato, che la *L. sed si* non debba aver luogo, se non quando *invito socio* siasi edificato; requisito, che affatto manca nella causa presente. Scelga dunque a sua voglia il Capitolo, qualunque scelta sarà a' miei Clienti indifferente.

Pubblico, o comune, non sarà mai del Capitolo.

Prima di terminare il presente *paragrafo* devo soggiungere, che l'Avversario, crucciato infinitamente della invenzione di quelle Scritture, le quali alla ragione de' miei Clienti hanno dato il più luminoso risalto, s' industria d' indebolirne il valore con allegare, che non si debba alle stesse prestar fiducia, per due motivi, li quali veramente non sono degni di un uomo tanto versato negli affari del Foro. Primieramente, dicesi, la copia di parte delle Scritture ha l'estratta colla soggiunta: *invalida absque sigillo*, e però, mancando il suggello si deve creder la copia di niun valore. Si sa non di meno, che tali clausole non si appongono nell' estratta, se non perchè non resti defraudato il *jus*, che pel suggello compete, e forse in carte, che portano l'epoca di più di un secolo, questa stessa clausola dimostra la loro verità. Se quelle carte fossero foggiate (locchè non è credibile per le cose che contengono, per l'antichità della carta, e de' caratteri) non si sarebbe aggiunta quella clausola volontariamente.

Le Scritture antiche sono legali.

Il secondo motivo dall' Avversario opposto consiste nel dirsi, che il numero de' fogli citato nell'estratta non corrisponda colla foliazione del volume. Sappia però egli, che in quel volume non eravi foliazione, e che questa ora si è aggiunta dallo Scrivano della causa, onde rendere più facile il riscontro delle diverse scritture, e perciò non può essere uniforme a' fogli citati nell' estratta. Oltre a che, imparo per la prima volta, che le copie estratte debbano essere di foliazione uguale agli originali; mentre finora, confesso ingenuamente, che non avevo ancora inteso una opposizione di simile natura, che tutto dì si smentisce dal fatto in ogni occasione.

Del

Del resto, se il Capitolo non è contento di quelle copie, procuri esibire gli originali, che i miei Clienti gli saranno obbligati, o provi legittimamente la invalidità delle copie, giacchè il peso della prova contraria è tutto suo, essendo in sostegno della di lui asservativa: fino a che non faccia l' una, o l' altra operazione, non avranno le scritture a riputarsi, se non legittime, come sono in fatti.

CAPO III.

§. I.

Esame della voce APERTURA *usata nel quarto patto dell' Istrumento.*

Della voce apertura.

Finora ho proccurato di far la difesa de' Signori di Lazzari in questa causa, non avendo riguardo al contratto stipulato tra essi, e 'l Capitolo, e colla sola scorta delle leggi, come se non esistesse la concessione del Capitolo medesimo, e se non m' inganno, parmi di aver dimostrato, che non vi sia diritto alcuno, onde venga la prodotta inibizione sostenuta. Tempo è ormai di terminare questa memoria, dopo l' analisi della voce *apertura* presa in generale, e pel particolare rapporto alla volontà de' contraenti: ciò senza fallo essendo il più interessante della difesa; e dee impegnare sopra tutto del S. C. l' attenzione; e stimolare i miei scarsi talenti; perchè non rimanga ombra di dubbiezza sulle valide ragioni de' miei Clienti.

Il vocabolo *apertura*, preso nel senso di *finestra* fu noto a' Romani, ed abbiamo da molti Scrittori classici *aperire parietem* per dinotarci la porta, o la finestra stessa; del pari trovasi tale linguaggio nelle leggi a significare la cosa medesima (1). Che il vocabolo poi *fenestra* sia adattabile non solo alle *lucifere*, ma alle *prospettive* è notissimo, e basta riscontrare la Legge 12. *Cod. de ædificiis privatis* per esserne pienamente convinto. Per legge Civile dunque sotto il generale vocabolo di *apertura* si può ugualmente intendere quella, che serve per dar la luce agli edificj, e quella, donde sul fondo vicino si può stendere lo sguardo. Le nostre Consuetudini parlarono pure in generale di *finestre*, e di *aperture* (2), e sotto questa ultima voce si dinotano

(1) *L. penult., & final. ff. de servit. præd. urban.*
(2) *Consuet. si quis habet parietem de servitutibus.*

tano non solo le *dossitie*, le quali alle *lucifere* possono paragonarsi ma benanche si vogliono significare le *prospettive*, come sotto l' espressione *quævis alia apertura* sono ampiamente comprese tutte le altre, qualunque servitù impongano.

Posizione del Capitolo circa la voce apertura.

Fin quì andiamo d'accordo col Capitolo; ma da esso si soggiunge: per mezzo di questa voce generale si dinotano qualsivogliano finestre *pro lumine*, *vel pro aspectu*; ma non mai i palconi, conosciuti sotto il vocabolo *maniana*; perchè di questi le Consuetudini non parlarono espressamente. Se dunque nel quarto patto dell' Istrumento fu conceduta la facoltà illimitata di fare quelle *aperture*, *che paressero*, *e piacessero*, non si può estendere tal frase ad indicare i palconi contesi.

Ecco quale sia il ragionamento del Capitolo: esso mi obbliga a mostrare; prima, non essere universalmente abbracciata la teoria, che l' espressioni delle Consuetudini non possano estendersi a' palconi; indi, che ancora quando tale sistema fosse senza eccezione ammesso, non potrebbe al caso adattarsi per volontà de' Contraenti; e per tutto il contesto dal patto suddetto, onde fu a sufficienza la intenzione palesata.

Consuetudine si quis habet.

Si cominci dal rapportare le parole della citata Consuetudine: *Si quis habet parietem in quo sit fenestra dossitia*, VEL QUÆLIBET ALIA APERTURA, *pro aspectu vel lumine ingrediendo*, *qui paries sit juxta Curtim*, *domum*, *vel hortum alicujus vicini*, *& vicinus vult ex opposito ad aperturas*, *quæ sunt in dicto pariete ædificare in horto*, *curti*, *vel domo sua*, *debet per palmos canne* 12. *elongare se*, *& eatenus distare debet ædificium quod construit a dicto pariete*, *ita tamen*, *quatenus ædificium novum*, *quod fit*, *fieret ex opposito ad dictas dossitias vel etiam aperturas*.

Autorità de' Scrittori.

Sarà facile a chicchesia l' osservare primamente, che in tutta la disposizione della Consuetudine si replichi costantemente *dossitia*, *vel alia apertura*, e che nel principio espressamente si faccia menzione di *finestre*, locchè dimostra, che la frase generale usata dallo statuto possa benissimo i palconi indicare. Di fatti che altro in sostanza è il palcone, se non un' apertura, cui siasi adattato il *projetto* fuori del muro? Il di sopra allegato *Bartolommeo Cepolla* chiamò palcone la finestra di legno, cioè quella finestra, alla quale fosse posta la rinchiera di legno, *ultra prædicta potest quæ i*, *an sit licitum facere fenestram de ligno* QUOD DICITUR BALCONUS (1). Il *Napodano*, dal quale furono le Consuetudini illustrate, nel chiosare le parole *aliqua apertura*

(1) *Cæpolla de servitut. urb. præd. cap.* 62. *n.* 7.

ra della Consuetudine *Et si ex latere*, sotto lo stesso titolo, dice espressamente: *sed cum omnis apertura parietis sit, vel pro lumine, vel pro aspectu, ergo intelligenda est de utraque*. Lo stesso Comentatore altrove (1) aggiunge: *quia istæ Consuetudines factæ sub verbis usualibus Civium Neapolis, ut supra in proæmio, ideo dico, quod dossitia est fenestra satis arcta, ita quod non sit, nisi pro lumine, non autem pro aspectu, & ideo posuit hic dossitiam, & aliam aperturam, ut per dossitiam comprehendat servitutem luminis, & per aliam aperturam comprehendat servitutem aspectus*, e più sotto, scrive: *Aliæ aperturæ: rotundæ, quadratæ, vel alias angulationes, seu curvationes habentes, idem ergo si esset ad* MODUM CANCELLI. Dimando, ciò posto, al Capitolo, quale altra apertura può dirsi fatta *ad modum cancelli*, tranne il palcone? (*a*)

Si può per altro opportunamente aggiugnere ciò che lasciò scritto *il Rovito* (2) il quale propone la seguente difficoltà: *Secundum est super restrictione ejusdem fenestræ in qua fabricatus est balconus, ita ut elongetur a pariete seu latere domus ipsius solarii per palmos duos, & duos tertios palmi*, e risponde al promosso dubbio. *Quoad secundum Octavius habet intentionem fundatam ex Consuetudine Neapolitana incipiente: Et si ex latere*. Finalmente l'*Altimare* (3) reca per indubitato, che le Consuetudini implicitamente parlino de' palconi, e dopo aver descritti due modi di edificarli: soggiunge: *Tertio modo potest ædificare ex latere ad parietem vicini, & dicit quod se elonget per palmos duos, & duos tertios*.

Se le addotte testimonianze non bastano a provare il mio assunto nel modo, che converrebbe, sono certamente sufficienti a dinotare, non essere assolutamente vera la proposizione, che le nostre Consuetudini non abbiano de' palconi parlato, mentre si vede che esse usano le più ampie voci nel diffinire le *aperture*, vocabolo che certamente intesero estendere anche a' palconi, non essendo presumibile, che di questi non si fosse parlato allora, che quan-

(1) *Napodan. Consuetud. Inter servitutes tit. de servitut.*

(a) Non deesi confondere questa espressione con quella, onde intendiamo i cancelli di ferro, li quali si sogliono alle finestre adattare per cautela, giacchè questi sono chiamati: *Ferratæ, aut Zelosiæ*. Veggasi il Pecchio *Tom.* 2. *cap.*8. *quæst.* 24.

(2) *Rovit. tom.* 3. *Consil.* 19. *num.* 4.

(3) *Altimare ad dict. Consil. Rovit. n.* 32. 33. & 34.

quantunque meno frequenti, pure n' esistevano in questa Città. Lascio però alla riflessione del S. C. il mio debole raziocinio, nè mi fermo a fondare maggiormente questo assunto, come quello, che poco, o nulla influisce alla presente quistione. Ciò che semplicemente stimo dover soggiungere, e ricordare al S. C. si è, che siccome la legge *Maniana* non è nella nostra Città in osservanza, e non lo è stata altrove, quando la via separasse gli edificj: così non ha luogo il disposto delle Consuetudini circa la prescritta distanza, ove siavi tra gli edificj la via pubblica, o la via vicinale pubblica, o privata. Il nostro *Sorge* ne fa chiara testimonianza sull' autorità a suo luogo riferita da *Napodano*; e colla candidezza, che conviene ad uno Scrittore, riferisce di aver esso perduto la causa, che difendeva del Monistero di *Donna Regina*, dal quale volevansi impedire i palconi fatti da *Nicola Majorino* nel vicolo de' *Carboni*, malgrado il non esservi la distanza dalle Consuetudini stabilita; non ostanti tutte le ragioni dall' Autore allegate a pro del Monistero: *Sed contra hæc scripta fuit decisum per S. C. habita pro vera doctrina Napodani, decreto interposito ad relationem olim Regii Consiliarii D. Jacobi Salerno, ut ex actis in Banca Neapolis, penes Scribam Ricca* (1). Indi per conferma aggiunge; *Id ipsum fuit prius in M. C. Vicariæ, & postea in S. C. elapso anno* 1738. *in causa inter Episcopum Tricaricensem D. Nicolaum Carafa, cujus jura per me patrocinabantur, & Joseph Nicolaum Caramanna, cui fuit sublata inhibitio de non ædificando novum solarium super ejus antiquis domibus in Terra Montis Albani, quamvis non adesset inter illas, & palatium Episcopale distantia, nisi decem palmorum, ut ex actis M. C. penes Scribam, & Actuarium Pennino* (2). Ciò vale a persuadere sempre più il Capitolo, che al caso presente non si possano adattare le Consuetudini, al pari, che la legge Civile; e vale a convalidare la mia assertiva, cioè, che anche colla scorta delle Consuetudini, si sono in questa Capitale decise da tutti i Tribunali le contese circa i palconi suscitate.

La via esclude la legge.

Diverse giudicature.

Esame del patto.

Passo intanto ad analizare la legge del contratto, la quale rende inutile ogni legale disposizione; soffra il S. C., ch' io ripeta le parole, colle quali fu espressa: *Quarto sia in libertà di detti Signori Ziò, e Nipote di Lazzari di estollere quanto vogliono le fabbriche, e di farvi per lo lato riguardo al medesimo vicolo di di S. Restituta*, OLTRE LE APERTURE, CHE AL PRESENTE ESISTO-

(1) *Sorge Jurispr. forens. tom. 3. de ædific. constr. n.* 41.
(2) *Sorge loc. cit.*

STONO, TUTTE QUELLE ALTRE APERTURE, CHE LORO PARERANNO, E PIACERANNO, *coll'intelligenza, ed assistenza benanche dell'Architetto di detto Reverendissimo Capitolo, e ciò per futura comune quiete, e cautela.*

Or se in questo patto si fosse fatto soltanto uso della voce *apertura* nell'atto di concederla; pure metterebbe in pensiero l'espressione illimitata, che si soggiunge, *quelle aperture, che loro paressero, e piacessero*; ma dal contesto dal patto medesimo risulta così chiara, e manifesta la intenzione de' Contraenti, onde non si possa, senza ostinazione, dubitare della verità. In questo patto la voce *apertura* fu impiegata a dinotare non solo *le altre aperture*, che si concedevano, ma benanche quelle, che nell'edificio si trovavano; *oltre le aperture, che al presente esistono*. A che dunque dir tanto per dimostrare quella volontà, che fu dichiarata? Sapeva il Capitolo quali *aperture* nella Casa esistevano, non ignorava, che queste erano di diversa specie, e di differente natura; si ricordava il giudizio promosso nel 1752. per inibire un palcone di D. Giacomo Lazzari nel secondo piano, e si rammentava il modo, onde finì nel continuare il litigio, col consenso dello stesso Capitolo. Vedeva infine ogni dì, che nel quartino eravi un altro palcone; che nel secondo piano eravi una loggetta; che da per tutto eranvi finestre di differente forma, e grandezza. Volle dunque tutti questi lumi abbracciare sotto la voce generica di *apertura*, e se oltre le esistenti, concedè tutte le altre, che fossero piaciute, chi non vede, che con questa frase tutti i lumi di qualunque natura furono conceduti?

Mi si permetta un'altra riflessione per compruova: Nelle minute, come si è detto, furono concedute le *aperture dalla legge permesse*. Dopo essersi presentate nel giudizio di Pado, si dichiara da' miei Clienti, *Capitulo presenti*, il disegno di voler fare quelle *aperture di porte, finestre, o* PALCONI, *che fossero più comode, ed opportune*; ed il Capitolo, che vide ciò essere uniforme all'intenzione del convenuto, non si oppose; anzi aderì con istanza formale. Finalmente si stipula l'Istromento, e le parole delle minute si alterano a favore de' *Concessionarj*; e come eransi accordate in quelle *le aperture dalla legge permesse*, in questo si concedono tutte quelle, *che paressero, o piacessero*. In qual modo dunque potevasi più manifestamente indicare la volontà, e la intenzione de' Contraenti di comprendersi sotto quella voce anche i palconi?

Si sostiene non di meno dall'Avversario: che le seguenti espressioni del patto, onde fu incaricato d'invigilare l'Ingegniere del Capi-

pitolo nella esecuzione, rimarrebbero inutili, qualora la illimitata facoltà si fosse agli *Enfiteuti* accordata. Potrei io rispondere, che queste espressioni importano, che l' Ingegniere avesse dovuto assistere, ed invigilare per la futura quiete; ma non comprendo quali inquietudini si avrebbero potuto arrecare da' miei Clienti, praticando le *aperture* del loro edificio, parte incontro al muro cieco della *Torre de' Negri*, parte incontro le case del Capitolo, che sono per mezzo del vicolo separate dalla Casa di essi. Questa soggiunta dunque su una di quelle, che si appongono ne' contratti senza significato, e senza potersi mettere in esecuzione. Oltre a che, dopo il consenso, onde su terminato il primo giudizio d'inibizione, non si rimise il Capitolo al *Tavolario Romano* per la direzione dell' edificio, e non è stato questi colui, dal quale i palconi si son fatti costruire? Ma si potrebbe dire: il Signor *Canonico Capecelatro* rimase a supplire le veci dell' Architetto del Capitolo; e bene, io rispondo, chi ha mai impedito al Signor Canonico di assistere, e d' invigilare, e perchè da esso non si sono promosse le sue doglianze in tempo opportuno, e quando i palconi si lavorarono, s' innalzarono, e si fabbricarono? La ragione del silenzio non deesi ripetere, se non dalla probità dello stesso Deputato, al quale costava la verità, e per conseguenza non era ignoto, che nel farsi i palconi, non eccedevasi la facoltà coll' Istromento conceduta.

Il dubbio non nuoce.

Del rimanente, io voglio essere col Capitolo generoso, e supporre mi contento per poco, che siffatta soggiunta renda dubbia quella illimitata facoltà nell' Istromento contenuta, non ostanti tutte le considerazioni di fatto, che ho al S. C. poco fa ricordate. Dimando con tutto il rispetto al riverito Contraddittore, la volontà, ch' egli vuol dubbia, non potevasi da' fatti susseguenti dichiarare? *Quædam*, insegna la legge, *sunt in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur, & apparet quid actum est* (1). Questo patto non fu dunque rischiarato abbastanza da tanti fatti posteriormente tra' contraenti passati? Si ammetta non di meno, per eccesso di condiscendenza, che sia dubbio rimasto; di chi in tal caso sarà il danno? *In dubio autem sensu*, scrisse il Grozio, *magis est, ut contra eum fiat interpretatio*, QUI CONDITIONES ELOCUTUS EST, *sicut &* con-

(1) *L. 14. ff. de reb. dub.*

Digitized by Google

contra venditorem fit interpretatio (1). Eccone le ragione: *Sibi enim imputet, qui non apertius locutus est* (2). Infine ne' termini precisi di questa causa lo confermò il citato *Pecchio*; *Onus enim erat concedentis, limitare concessionem, vel melius se declarare in conventione servitutis, illam limitando ad certum signum, quod cum non fecerit, id venit sibi imputandum. L. veteribus 40. ff. de pactis: L. in vendendo 66. ff. de contrah. empt., & sunt ad literam, & ita quod ad hanc partem concurro cum Cæpolla* (3).

All' incontro è certissimo, che ne' contratti la verità della cosa, più che la scrittura debba riguardarsi (4); poichè vale molto più ciò che si è fatto, di ciò che si è scritto (5): *Cum sit justum voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere* (6). Dunque se questa volontà fu patente; se anche maggiormente rimase da' fatti posteriori dilucidata; se finalmente il dubbio, qualora vi fosse, non potrebbe a' miei Clienti nuocere, ma pregiudica il Capitolo, che in termini più chiari doveva limitare la concessione; sembra di aver dimostrato che il patto dell' Istrumento sia tutto al mio assunto favorevole; e che in questo caso la voce generale di *apertura* vaglia a significare ogni specie di esse, come di ogni specie ve n'erano nell' antico edificio, e perciò siano sotto questa espressione compresi benanche i tanto contradetti palconi.

Il Concedente dee spiegarsi chiaro.

§. II.

Ragioni particolari per la sussistenza degli otto palconi.

QUesta ultima parte della presente memoria servirà a riepilogare ciò che lungamente, e sparsamente sono stato obbligato a scrivere; nel tempo stesso, che supplirà qualche ragione peculiare per la esistenza di ciascuno de' controvertiti palconi; della quale, senza recar disordine, non avrei potuto altrove avvalermi. L' oggetto dunque non è altro, che di raccorre le idee, e riordinarle sotto il più luminoso aspetto,

(1) *Grot. de jur. bell., & pac. lib. 3. c. 20. §. 26.*
(2) *L. 40. ff. de pactis.*
(3) *Pecch. tom. 1. c. 1. quæst. 14. n. 7.*
(4) *L. 1. Cod. plus valere &c.*
(5) *L. 4. Cod. eod.*
(6) *L. ult. Cod. quæ res pign. obl. poss.*

to, onde minorare a' Signori Votanti il fastidio, che mio malgrado, e contro il mio costume, ho dovuto loro lungamente arrecare. Si è, dopo la intera sposizione de' fatti, provato, che non competa al Capitolo azione alcuna, mentre non può far uso dell' *editto della nunciazione* per una opera già fatta; del pari, che non può avvalersi dell' *interdetto*, perchè mancano nella causa i requisiti, da' quali dee essere accompagnato; nè dell'azione *negatoria*, perchè il suolo del vicolo, essendo comune, esclude tale azione, che dal diritto di servitù trae l' origine. Ciò fatto, si è parlato delle leggi, onde fondasi il litigio, e si è dimostrato, che siano per diverse ragioni alla quistione inadattabili. Risultano dunque evidenti le quì appresso notate posizioni:

De' due palconi superiori nel sito O.

I due Palconi superiori nel sito O. della pianta dal *Primario* formata, i quali sono il terzo, e 'l quarto di quella colonna, debbono rimanere nello stato attuale, sì perchè l' inferiore tra essi eravi nell' antico edificio, e fu la cagione del litigio del 1752., terminato di consenso del Capitolo, sì perchè l'altro a questo superiore potevasi fare, essendosi già occupata quella colonna d'aria, alla quale non si aggiunge maggiore servitù colla costruzione del quarto palcone, all'antico superiore: devono infine i suddetti due palconi rimanere, ancorchè valesse la legge *Mœniana*, perchè sono distantissimi dalle fabbriche di *S. Restituta*, cui riguardano. Ciò al parere del Primario si uniforma, ed è analogo alle leggi di sopra esposte.

De' due palconi inferiori nello stesso sito O.

I due palconi inferiori dello stesso sito O; si dovrebbero scemare di nove once, quando però potesse aver luogo la legge suddetta, e quando, secondo l' opinione del suddetto *Filandro*, si dovessero i dieci piedi Rom. ragguagliare a' palmi della nostra misura, secondo riflette, ed avverte il *Primario*. Non potendo per altro detta legge aver luogo, cade tutto il raziocinio, e 'l suddetto scemamento. Molto più svanisce, quando si considera, che la opinione di *Filandro* è contraria alla misura usata dalle patrie disposizioni legali, onde vedesi sempre prescritta la misura del palmo per dette distanze; ed oppugnata da'nostri Scrittori, quindi, dovendosi il numero de' piedi calcolare a numero di palmi, trovasi la misura di palmi dieci, ed once sei, e però avvanzano once sei dalla misura legale.

De' quattro palconi nel sito P.

I quattro Palconi del sito P; i quali sono posti incontro al muro cieco della *Torre de' Negri* non possono esser vietati, in forza della *L. Mœniana*, perchè la Congregazione, cui si appar-

te-

teneva non li ha impediti. Ciò dice il Primario; ma io ho provato, che non avendo il Capitolo diritto alcuno sulla *Torre* medesima, non abbia ragione di vietarli. Ora aggiungo due altri fortissimi motivi, che favoriscono la loro esistenza.

1. Costando dalla relazione del Tavolario *Romano*, e dall' attestato de' *Complatearj*, che in quel sito nel primo piano anticamente eravi un palcone collo sporto sul suolo del vicolo, possono i miei Clienti fabbricarne degli altri ad esso superiori, in forza della ragione stessa dal Primario addotta per l'ultimo palcone del sito O; cioè, che trovavasi la colonna di aria già ingombrata, senza che da' palconi superiori si aggiunga maggiore incomodo, o servitù. Non si nega, che dal Capitolo si è procurato smentire il deposto da detti testimonj, con altro attestato, onde dicesi, che quel primo palcone era senza *projetto*, e come suol dirsi, *alla Romana*, ma nel produrre siffatti testimonj si dimenticò il Capitolo dell'avvertimento dato dagl' Imperatori *Diocleziano*, e *Massimiano*: *Eos testes ad veritatem juvandam adhiberi oportet, qui omni gratiæ, & potentatui fidem religioni judiciariæ debitam possint præponere* (1). Tutti senza eccezione i testimonj o sono dipendenti, e salariati dal Capitolo, o congiunti di essi. Al contrario i miei Clienti produssero la relazione di un Tavolario, che per la sua probità, e per la perizia nel proprio mestiere gode giustamente la pubblica opinione, ed è dal Capitolo medesimo reputato a segno, che non ripugnò di affidargli la direzione delle opere. Al detto di costui si aggiunsero le deposizioni di antichi, e conosciuti abitanti di quel rione. A chi dunque tra questi dovrà il S. C. prestar fede?

2. Dalla stessa relazione, e dalla confessione fattane dal Capitolo nelle sue istanze si rileva, che la Casa di Lazzari era anticamente coperta da tetto per tutto il fronte dell' edificio. Ora le grondaje del tetto medesimo producevano lo *stillicidio* nel vicolo suddetto fino a quel sito P., ove al presente sono i quattro palconi. Ecco un' altra ragione, onde i medesimi non si possono disdire. La legge espressamente permette di aprirsi, anche sulla via publica (non che sulla privata comune) il muro proprio, per quanto si estenda la grondaja del suo tetto, e le travi, che la sostengono; purchè ciò non rechi pregiudizio a' lumi del vicino, o incomodi la via stessa: *Lucius Titius aperto pariete domus suæ, quatenus stillicidii rigor, & tigno-*

Dello stillicidio.

(1) *L. 5. Cod. de test.*

gnorum projectus competebat, januam in publico aperuit. Quæro, cum neque luminibus Publii Mævii vicini, neque itineri officeret, neque stillicidium in vicini domum caderet, an aliquam actionem Publius Mævius vicinus ad prohibendum haberet? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, nullam habere (1). Quale può essere, di grazia, nel caso in quistione il pregiudizio de' lumi della *Torre* de' Negri, il cui muro esterno n'è privo; e quale l'incomodo della via, sulla quale non poggiano de' palconi gli sporti? Devono dunque nel sito P. rimanere i quattro palconi, anche perchè in quel sito eravi anticamente lo *stillicidio* della grondaja.

Lo stillicidio può adattarsi anche a' palconi nel sito O.

Questo stesso argomento si può fondatamente aggiungere agli altri sopra raccolti, per serbare intatti, anche i due inferiori del sito O, i quali non solo non eccedono la larghezza, ma sono molto minori dell'antico palcone, che vi esisteva, e che ora si trova al terzo piano. Ivi pure lo *stillicidio* cadeva nel vicolo, da quel palcone; eppure nel 1752. si disse dal Capitolo, che dovesse rimoversi la inibizione, perchè *da quel palcone non si arrecava verun pregiudizio;* ed in fatti ciò fu eseguito (a). Quanto diverso nella cosa stessa scorgesi il sentimento del Capitolo! Allora si fece un palcone grandissimo; e non eravi alcun contratto di concessione a prò de' miei Clienti, il palcone però non ostante fu permesso, poichè *non induceva pregiudizio*. Ora dopo un solenne contratto, e dopo tanti atti di conferma espressa, e tacita, si contrastano i palconi, e si schiamazza, asserendo, che siano pregiudiziali: *Mens mobilis, & inquieta homini data est, vaga, & quietis impatiens, & novitate rerum lætissima!* (2)

Epilogo.

Se dunque risulta fondatissima l'eccezione, onde ho provato, che al Capitolo manchi assolutamente la tessera per agire: se le leggi, che esso credeva il fondamento dell'azione, si sono conosciute inadattabili al fatto, per la deficienza de' più essenziali requisiti: se la legge del contratto evidentemente favorisce gli *Ensiteuti*, ed ove dubbia fosse, non potrebbe loro nuocere: se con geminati atti si è la concessione confermata, e colle voci in un giudizio, e cogl' indizj di approvazione in altre posteriori oc-

(1) *L. fin. §. fin. ff. de servit. urban. præd.*
(a) Ho adempita la mia promessa col dimostrare, che lo *stillicidio* era vero nello stato antico dell' edificio: cadeva infatti da una grondaja, e da due palconi.
(2) *Senec. Consol. ad Helviam.*

Digitized by Google